

2022_OG V 22 33. Gesundheitsrecht. Art. 19 Abs. 1 lit. a Gesundheitsgesetz. Art. 50 Abs. 1 und Abs. 2 VRPV. Art. 19 lit. b Reglement über die Berufe und Organisationen im Gesundheitswesen. Widerruf der Berufsausübungsbewilligung als Podologin. Aufschiebende Wirkung; vorsorgliche Massnahmen. Die Gesundheits-, Sozial- und Umweltdirektion widerrief die an die Beschwerdeführerin rechtskräftig erteilte Berufsausübungsbewilligung als Podologin und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz erteilte die aufschiebende Wirkung teilweise wieder, indem er der Beschwerdeführerin die Behandlung von Nicht-Risikopatientinnen und -patienten während des Beschwerdeverfahrens erlaubte, die Behandlung von Risikopatientinnen und -patienten aber untersagte. Die Beschwerdeführerin war Inhaberin des eidgenössischen Fähigkeitszeugnisses (EFZ) in Podologie, verfügte aber nicht über die für die selbstständige Berufsausübung gesetzlich vorgeschriebenen Zusatzdiplome. Die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung basierte auf einem Irrtum der Behörde. Im Kanton Uri waren aber gemäss Angaben der Bewilligungsbehörde Podologinnen und Podologen tätig, die nur über eine EFZ verfügten und gestützt auf altes Recht oder das Binnenmarktgesetz eine Berufsausübungsbewilligung erhalten hatten. Die Beschwerdeführerin war überdies während Monaten ohne Beanstandung podologisch tätig. Die Annahme, das Interesse am Schutz der öffentlichen Gesundheit sei unmittelbar und dringlich gefährdet, wenn die Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens vor dem Regierungsrat weiterhin uneingeschränkt podologische Dienstleistungen erbringe, liess sich nicht aufrechterhalten. Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Obergericht, 11. November 2022, OG V 22 33

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Verwaltungsbeschwerde an die Vorinstanz (Regierungsrat) gegen eine Verfügung einer Behörde, die der Vorinstanz mittelbar oder unmittelbar unterstellt ist, hat aufschiebende Wirkung, wenn die verfügende Behörde nicht aus wichtigen Gründen etwas anderes anordnet (Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 VRPV). Die Beschwerdeinstanz kann eine gegenteilige Verfügung treffen; somit die aufschiebende Wirkung wiedererteilen, wenn die verfügende Behörde sie entzogen hat oder die aufschiebende Wirkung entziehen, wenn die verfügende Behörde von einem Entzug abgesehen hat. Bei Kollegialbehörden ist in dringenden Fällen der Vorsitzende dazu ermächtigt (Art. 50 Abs. 2 VRPV).

3.2 Der Entzug der aufschiebenden Wirkung muss durch eine erhebliche und unmittelbare Gefährdung wichtiger öffentlicher oder privater Interessen geboten sein. Einer Beschwerde kann der Suspensiveffekt nur entzogen werden, wenn die Gründe, die für die sofortige Vollstreckung sprechen, den Vorrang beanspruchen können, diese somit vordringlich beziehungsweise gewichtiger sind als die Interessen an einem Aufschub (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 27.05.2009, OG V 09 22, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 2008 und 2009, Nr. 18 S. 112). Durch die Ergreifung der Beschwerde bedingte zeitliche Verzögerungen alleine können nicht als wichtige Gründe im Sinne von Art. 50 Abs. 1 VRPV angeführt werden (vergleiche

Zwischenentscheid Obergericht des Kantons Uri vom 20.07.2018, OG V 18 23 betreffend ein kantonales Strassenbauprojekt).

3.3 Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung beruht auf einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung ohne weitere Beweiserhebungen unter Berücksichtigung der Aktenlage; die Prüfung ist eine summarische. Es genügt für einen negativen Entscheid, dass eine Gefährdung des öffentlichen Interesses aufgrund einer summarischen Prüfung als wahrscheinlich oder doch überwiegend möglich erscheint, auch wenn das Sachverfahren in der Folge allenfalls zu einem abweichenden Resultat führen sollte (BGer 2C_465/2015 vom 08.09.2015 E. 3.3.1). Eine nicht überwiegend mögliche oder sogar lediglich theoretische Gefährdungsmöglichkeit rechtfertigt den Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht. Es muss sich um wirklich überzeugende Anliegen handeln, weil den Interessen, ein umstrittenes Rechtsverhältnis in der Schwebe zu halten, erhebliche Bedeutung zukommt (Daum/Rechsteiner, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 2020, N. 23 zu Art. 68). Auch das Verhalten der betroffenen Personen kann eine Rolle spielen (zum Beispiel Missachten von Ermahnungen und Auflagen). Weiter kann ein während Jahren geduldeter oder gar bewilligter Zustand noch einige Zeit andauern, wenn nicht konkrete und dringliche Anliegen eine sofortige Korrektur als unumgänglich erscheinen lassen, was allenfalls zu verneinen ist bei unerlaubtem Ausüben eines Berufs, wenn keine grosse Publikumsgefährdung besteht (vergleiche Daum/Rechsteiner, a.a.O., N. 24 zu Art. 68).

5.

5.1 Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz [BGBM, SR 943.02]) gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Als Erwerbstätigkeit gilt jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Jede Person hat das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 BGBM). Jede Person, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, hat das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Artikel 3 nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung auszuüben (Art. 2 Abs. 4 BGBM). Bei der Anwendung dieser Grundsätze gelten die kantonalen beziehungsweise kommunalen Marktzugangsordnungen als gleichwertig (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Die Gleichwertigkeitsvermutung kantonaler und kommunaler Marktzugangsordnungen bildet die ideelle Grundlage des Herkunftsortsprinzips. Sie ist insbesondere mit Blick auf allfällige Marktzugangsbeschränkungen durch die Behörde des Bestimmungsortes nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 BGBM bedeutsam. Beschränkungen fallen von vornherein ausser Betracht, wenn gleichwertige Marktzugangsordnungen vorliegen, was sich aus einem Vergleich der beidseitig geltenden, generell-abstrakten Marktzugangsregeln sowie der darauf gründenden Praxis ergibt, unter Berücksichtigung der zu schützenden öffentlichen Interessen. Die Anforderungen an den Nachweis der fehlenden Gleichwertigkeit und damit für eine Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung werden hoch angesetzt (zum Ganzen: Oesch/Renfer, Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021, Rz. 4 zu Art. 2 BGBM). Da die Gleichwertigkeit der Marktzugangsordnungen vermutet wird, ist ein Nachweis der Ungleichwertigkeit durch die Behörde des Bestimmungsortes zu erbringen (Oesch/Renfer, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 2 BGBM; BGer 2C_57/2011 vom 03.05.2011 E. 3.3). Ist von der Gleichwertigkeit der Marktzugangsordnungen auszugehen, besteht kein Raum mehr für eine Auflage oder Bedingung gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM (BGE 135 II 12 E. 2.2 ff.).

5.2 Die fachlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung zur selbstständigen Ausübung des Podologenberufs sind kantonal unterschiedlich geregelt. Während zahlreiche Kantone einen Abschluss auf Stufe Höhere Fachschule (Diplom HF) fordern (etwa Basel-Landschaft, Aargau etc.), reicht in anderen Kantonen (zum Beispiel Graubünden, Luzern etc.) das eidgenössische Fähigkeitszeugnis (EFZ) aus (siehe die

aktenkundige Übersicht «Kantonale Bewilligungsvoraussetzungen im Berufsfeld der Podologie» des Schweizerischen Podologen-Verbands SPV vom Januar 2022). Verfügt ein Podologe oder eine Podologin über eine Berufsausübungsbewilligung eines Kantons und ersucht er oder sie um eine Berufsausübungsbewilligung in einem weiteren Kanton, müsste Letzterer, falls er die Bewilligung verweigern oder an Auflagen und Bedingungen knüpfen wollte, aufgrund der Vermutung der Gleichwertigkeit der Marktzugangsordnungen den Nachweis der Ungleichwertigkeit erbringen, wobei die Hürde für den Nachweis hoch ist und mithin triftige Gründe erforderlich sind (vergleiche E. 5.1 hievor).

5.3 Die GSUD führte in ihrer Widerrufsvorfügung vom 31. August 2022 aus (E. 8), dass im Kanton Uri aktuell nebst der Beschwerdeführerin sechs Personen über eine Berufsausübungsbewilligung als Podologin/Podologe verfügen würden. Alle würden unter eine der folgenden Kategorien fallen: Die Bewilligungsvoraussetzungen seien vollumfänglich erfüllt; die Berufsausübungsbewilligung sei unter altem Recht erteilt worden; Die Berufsausübungsbewilligung sei gestützt auf das BGBM erteilt worden. In der Besprechung vom 4. August 2022 wurde von Seiten der GSUD ausgeführt, Podologinnen und Podologen im Kanton Uri, die mit einer EFZ-Ausbildung tätig sein dürften, hätten die Berufsausübungsbewilligung entweder altrechtlich bekommen oder nach Binnenmarktgesetz. Aus diesen Äusserungen der GSUD muss im Rahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes geschlossen werden, dass im Kanton Uri erstens aktuell tatsächlich Podologinnen und Podologen selbstständig tätig sind, welche «nur» über ein EFZ verfügen, und der Kanton Uri zweitens Bewilligungen an Bewerber erteilt hat, welche zwar nicht über ein Zusatzdiplom zum EFZ verfügen, jedoch über eine Bewilligung aus einem anderen Kanton und deshalb im Kanton Uri ebenfalls eine Bewilligung erhalten haben (Bewilligungen gestützt auf das BGBM). Damit ist davon auszugehen, dass die GSUD auch Marktzugangsordnungen von Kantonen als gleichwertig erachtet, die tiefere fachliche Anforderungen an die Bewerberinnen und Bewerber einer Berufsausübungsbewilligung als selbstständige Podologin/selbstständiger Podologe stellen. Im Rahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes ist auch weder geltend gemacht noch für das Gericht ersichtlich, inwiefern die Vermutung der Gleichwertigkeit der Marktzugangsordnungen zu widerlegen wäre.

6. Ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass im Kanton Uri gegenwärtig tatsächlich Podologinnen und Podologen selbstständig tätig sind, die «nur» über ein EFZ in Podologie verfügen und ist ausserdem davon auszugehen, dass schon morgen weitere Personen, die «nur» über ein EFZ in Podologie verfügen, gestützt auf das Binnenmarktgesetz eine Berufsausübungsbewilligung im Kanton Uri erhalten könnten, lässt sich die Annahme, die öffentliche Gesundheit sei durch die einstweilige Tätigkeit der Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens unmittelbar und dringlich gefährdet, nicht aufrechterhalten. Dafür spricht auch, dass die Beschwerdeführerin als Inhaberin eines EFZ in Podologie auch nach Entdeckung des Widerrufsgrundes seit Monaten podologische Dienstleistungen an Risikopatientinnen und -patienten erbracht und ihre Tätigkeiten oder ihr sonstiges Verhalten zu keinerlei Beanstandungen geführt hat. Das Verhalten der betroffenen Person, welches hier, wie gesagt, zu keinen Beanstandungen Anlass gegeben hat, ist in die Beurteilung miteinzubeziehen (vergleiche E. 3.3 hievor). Es ist zwar mit der GSUD und der Vorinstanz davon auszugehen, dass das öffentliche Interesse am Schutz der öffentlichen Gesundheit hohes Gewicht hat. Im vorliegenden Fall erscheint dieses Interesse aber nicht unmittelbar und dringlich gefährdet, wenn die Beschwerdeführerin während des hängigen Beschwerdeverfahrens ihre Tätigkeit einstweilen uneingeschränkt weiterführt, zumal sowohl in der Fachwelt als auch in den Kantonen nicht unumstritten zu sein scheint, inwieweit Inhaber eines EFZ nicht selbstständig auch Risikopatienten sollten behandeln können. In einer Gesamtbetrachtung überwiegt das private Interesse an der Weiterführung der bisherigen Tätigkeit und damit das ebenfalls nicht unerhebliche Interesse, das umstrittene Rechtsverhältnis in der Schwebe zu halten (vergleiche E. 3.3 hievor). Der angefochtene Beschluss ist somit aufzuheben und der Verwaltungsbeschwerde ist die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Der Vollständigkeit halber ist damit auch die Veröffentlichung des Widerrufs der Berufsausübungsbewilligung im Amtsblatt zu untersagen (vergleiche Art. 24 GG). Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung ist provisorischer Natur und kann bei

veränderten Verhältnissen abgeändert werden (vergleiche BGer 2C_1109/2018 vom 13.02.2019 E. 2.3). Sollte sich die Lage in einer relevanten Art verändern, kann mithin auf den Entscheid unter Umständen zurückgekommen werden.