Zeitschrift: Physiotherapie = Fisioterapia
Herausgeber: Schweizerischer Physiotherapeuten-Verband
Band: 33 (1997)
Heft: 6

Artikel: Die Wirtschaftsfreiheit in der Physiotherapie
Autor: Uhlmann, Felix
DOI: https://doi.org/10.5169/seals-929217

Nutzungsbedingungen
Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation
L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use
The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 02.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

VORTRAG SPV

Die Wirtschaftsfreiheit in der Physiotherapie

Dr. iur. Felix Uhlmann

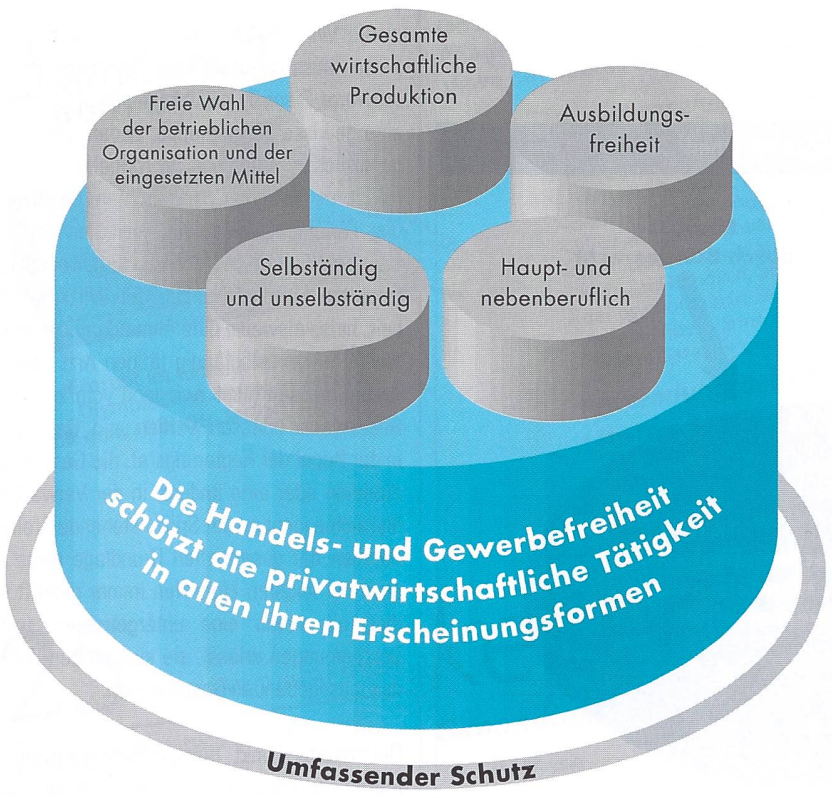
(Vortrag, gehalten an der Delegiertenversammlung des Schweizerischen Physiotherapeuten-Verbandes vom 5. April 1997, Bern)

1. EINLEITUNG

Sehr geehrte Damen und Herren

Es war für mich als Jurist sehr reizvoll, mich in ein Thema zu vertiefen, das von seiner Problematik her über das Gebiet der klassischen Rechtslehre weit hinausreicht. Der gesamte Medizinalbereich wird von medizinischen, ökonomischen und ethischen Aspekten beherrscht. Die Jurisprudenz bildet dementsprechend nur einen kleinen Teil dieses Komplexes. Trotzdem stellen sich zahlreiche juristische Probleme, und ich möchte versuchen, Ihnen heute den Bereich der verfassungsmässigen Wirtschaftsfreiheit in der Physiotherapie näher zu bringen.

Inhalt der Wirtschaftsfreiheit (Handels- und Gewerbefreiheit)



2. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

Die Handels- und Gewerbefreiheit, heute oft auch Wirtschaftsfreiheit genannt, ist der Ausgangspunkt der Betrachtungen über die unternehmerischen Möglichkeiten der Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten. Die Handels- und Gewerbefreiheit wird in Art. 31 der Schweizerischen Bundesverfassung gewährleistet.

Die Handels- und Gewerbefreiheit schützt grundsätzlich die *privatwirtschaftliche Tätigkeit in allen ihren Erscheinungsformen.* Die Begriffe «Handel und Gewerbe» sind umfassend zu verstehen. Es geht bei der Handels- und Gewerbefreiheit um den Schutz der gesamten wirtschaftlichen Leistung, also auch um die landwirtschaftliche und industrielle Produktion sowie um den gesamten Dienstleistungssektor. Deshalb wird heute oft der Begriff der Wirtschaftsfreiheit verwendet, der dieses umfassende Element besser zum Ausdruck bringt. Es spielt schliesslich für die Anwendung der Handels- und Gewerbefreiheit keine Rolle, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit haupt- oder nur nebenberuflich, ob eine Tätigkeit selbständig oder unselbständig ausgeübt wird, ganz allgemein, in welcher Form die privatwirtschaftliche Tätigkeit organisiert und ausgeübt wird. In den Schutzbereich der Handels- und Gewerbefreiheit fallen dementsprechend auch die freie Wahl der Unternehmensform, der betrieblichen Organisation, der eingesetzten Mittel, der Werbung sowie der vertraglichen Beziehungen. Angesichts einer solch umfassenden Konzeption der Handels- und Gewerbefreiheit erstaunt es nicht, dass auch die wirtschaftlichen Verrichtungen im Medizinalbereich grundsätzlich durch dieses Grundrecht geschützt werden. Das Bundesgericht hat dies unter anderem für Dentalhygienikerinnen, Masseure, Psychotherapeuten, Zahnprothetiker sowie für Ärzte und Apotheker festgehalten. Der Schutz des Berufes der Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten wurde in zwei unveröffentlichen Urteilen aus den Jahren 1992 und 1995 festgehalten.

3. EINSCHRÄNKUNGEN UND EINFLÜSSE AUF DIE HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

Die Tatsache, dass die Tätigkeiten der Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten unter dem Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit stehen, bedeutet jedoch nicht, dass diese Tätigkeiten völlig frei von staatlichen Einflüssen ausgeübt werden können. Die Zurechnung einer privaten Handlung zu einem Grundrecht ist nicht einfach mit staatlicher Abwesenheit in diesem Bereich gleichzusetzen. Sonst bestünde in der Schweiz kein Gesundheitssystem. Grundrechte, in unse-

rem Fall die Handels- und Gewerbefreiheit, stellen vielmehr gewisse Tätigkeiten unter einen *verstärkten Schutz* der Verfassung.
Bei den staatlichen Massnahmen, welche im Gesundheitsbereich die Handels- und Gewerbefreiheit tangieren, ist grundsätzlich zwischen denjenigen des Bundes auf der einen und denjenigen der Kantone auf der anderen Seite zu unterscheiden.

Das Gesundheitswesen ist grundsätzlich Sache der Kantone. Die Bundesverfassung weist diesen Bereich in der föderalistischen Aufteilung zwischen Bund und Kantonen den Kantonen zu. Dementsprechend haben die Kantone umfassende Gesetze über das Gesundheitswesen erlassen. Einen wesentlichen Teil dieser Gesetze machen die Bestimmungen über die medizinischen Berufe aus, wo die Berufsvoraussetzungen, Ausbildung sowie der zulässige Tätigkeitsbereich eines Berufsstandes geregelt werden.
Neben diesen kantonalen Bestimmungen, die wie gesagt in aller Regel die Grundlage einer *Beschränkung* der Wirtschaftsfreiheit bilden, bestehen jedoch auch ausführliche Regelungen des Bundes. Der Bund verfügt gemäss Art. 34bis der Schweizerischen Bundesverfassung über die Kompetenz zur Errichtung einer Kranken- und Unfallversicherung. Er hat damit im Rahmen des KVG insbesondere die Möglichkeit, die sozialversicherungsrechtlichen Folgen einer medizinischen Behandlung zu regeln. Er umschreibt beispielsweise den sachlichen Bereich der obligatorisch kassenpflichtigen Leistungen der Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten. Er macht ihre Tätigkeit von einer ärztlichen Anordnung abhängig, wenn dadurch zwingend die Krankenkasse des Patienten belastet werden soll.

Diese Einflüsse sind meines Erachtens nicht zu unterschätzen. Sie gehören aber nicht zu den klassischen Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit und werden durch deren Schutzbereich nur mangelhaft erfasst. Gegen diese *faktischen Beeinflussungen* bietet die Handels- und Gewerbefreiheit nur begrenzten Schutz. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich nicht auch die Bundesorgane bei ihren Entscheidungen an der grundsätzlich freiheitlichen Ausrichtung der Handels- und Gewerbefreiheit zu orientieren hätten. Nur ist die *Durchschlagskraft* der Handels- und Gewerbefreiheit gegenüber den Massnahmen des Bundes im Gesundheitswesen wesentlich eingeschränkter als gegenüber den Massnahmen der Kantone.

4. EINSCHRÄNKUNGEN DER KANTONE

Welche eigentlichen Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit haben die Kantone nun erlassen? Angesichts 26 verschiedener Gesundheitsgesetze sind die Ausgestaltungen entsprechend unterschiedlich ausgefallen. Zu den typischen Einschränkungen gehören aber etwa:

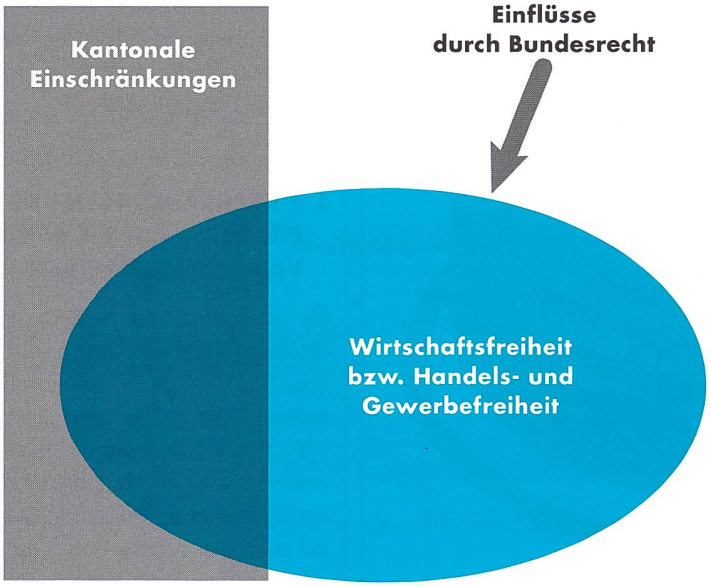
- Verbot gewisser Behandlungsmethoden, die als zu riskant gelten oder die ethisch nicht vertretbar scheinen. Dies ist zweifellos die schwerste Form eines Eingriffs, indem eine bestimmte Tätigkeit vollumfänglich untersagt wird.
- Verlangen von Fähigkeitsausweisen, um eine bestimmte Tätigkeit auszuüben.
- Erlass von Berufspflichten (z.B. Schweigepflicht, Aufklärungspflichten gegenüber den Patienten).
- Verbot oder Einschränkung der Werbemöglichkeiten.
- Anforderungen an die medizinische Ausrüstung oder die Einrichtung der Praxis.
- Verbot, mehrere Praxen gleichzeitig zu betreiben, Anwesenheitspflichten in der Praxis usw.
- Erlaubnis zum Tätigwerden nur auf ärztliche Anordnung hin.

Diese Auflistung ist nicht abschliessend zu verstehen. Sie soll lediglich illustrieren, in welcher Form die Kantone die freie wirtschaftliche Betätigung der medizinsch Berufstätigen beschränken können und vielfach beschränkt haben.
Die eigentlich juristische Frage ist nun, ob diese Einschränkungen als solche statthaft erscheinen, das heisst, ob sie gegenüber dem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Betroffenen gerechtfertigt sind. Um diese Frage beantworten zu können, hat die juristische Praxis einen *Prüfungsraster* erarbeitet, in welchem die einzelnen Voraussetzungen einer kantonalrechtlichen Einschränkung genauer untersucht werden sollen.

Bei der *gesetzlichen Grundlage* geht es darum, zu prüfen, ob sich ein Entscheid einer kantonalen Behörde auf eine generellabstrakte Norm abstützen kann und ob diese Norm die verfassungsrechtlichen Minimalbedingungen erfüllt. Als einfache Faustregel gilt: Je schwerer der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit wiegt, desto qualifizierter muss die gesetzliche Grundlage sein. Ein schwerer Eingriff, z.B. ein Ausübungsverbot für eine gewisse Berufsgruppe, bedarf immer einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn. Das heisst, es ist immer der kantonale Gesetzgeber, das Parlament, zuständig, wenn es um einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit geht. Leichtere Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit, beispielsweise eine Anmeldepflicht im Kanton für einen selbständig tätigen Arzt oder eine Ärztin, müssen nicht zwingend vom kantonalen Gesetzgeber erlassen worden sein. Dazu genügt in der Regel der Regierungsrat, die Gesundheitsdirektion oder eine andere, in der Verwaltungshierarchie nicht an der Spitze stehende Stelle. Im Rahmen der gesetzlichen Grundlage muss aber auch bei leichten Eingriffen immer geprüft werden, ob, wenn eine untergeordnete Instanz Bestimmungen erlässt, sie sich an den Rahmen des massgebenden Gesetzes hält.

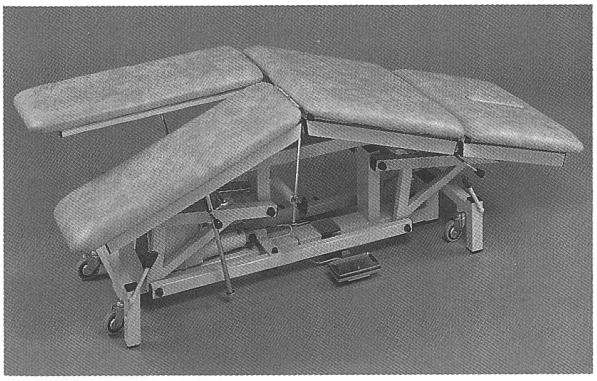
Der zweite Punkt dieses Prüfungsraster, das öffentliche Interesse, ist vielleicht der wichtigste und wohl auch der schwierigste. Hier geht es um

Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit



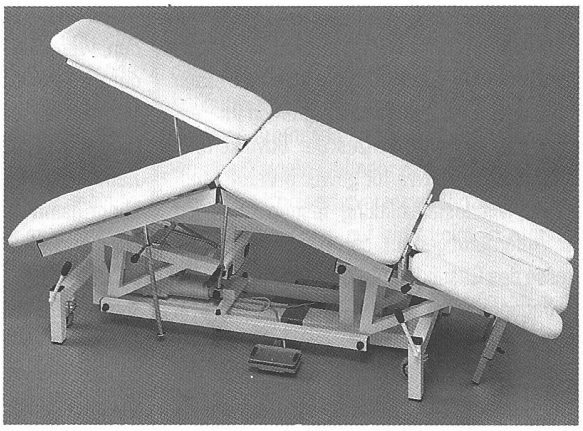
stabil • bewährt • preiswert • praktisch PRACTICAL

- elektrisch- oder hydraulisch höhenverstellbar von 46 bis 95 cm
- als normale Behandlungsliege
- als Manipulationsliege mit Steckhorn für Hüft- und Schulter
- als Extensionsliege mit rollendem Unterteil und ankoppelbarem Gerätewagen
- Polster- und Gestellfarbe nach Wunsch



PRACTICAL 3E split section

NEU als Option:
elektromotorische Verstellung in Drainageposition



PRACTICAL 5E split section

GENERALVERTRETUNG FÜR DIE SCHWEIZ

fritac

FRITAC MEDIZINTECHNIK AG
8031 Zürich
Hardturmstrasse 76
Telefon 01/271 86 12

BON

Bitte ausschneiden und einsenden an
FRITAC AG
Postfach
8031 Zürich

Bitte senden Sie mir/uns Unterlagen
❑ Liegen
❑ Therapiegeräte
❑ Gesamtdokumentation

Name _____
Strasse _____
Plz/Ort _____

Skanlab 25 BODYWAVE®

Erprobt im Einsatz während der Olympischen Spiele in Atlanta mit dem «SWISS-MEDICAL-TEAM»

SKANLAB 25 BODYWAVE sollten Sie unbedingt kennenlernen! Ob Sie nun in der Sportmedizin, im Spital, in der Klinik, im Alters-Pflegeheim tätig sind, spielt keine Rolle, denn Skanlab 25 Bodywave hat überall seine Berechtigung.

Was ist speziell am Skanlab 25 Bodywave?

- Wirkung auf dem Prinzip der KONDENSATORFELDMETHODE
- elektrostatisches Wechselstromfeld
- Frequenz 1,0 MHz, (Wellenlänge 300 m)
- optimale tiefgehende Wärme
- ideal als passive Erwärmung vor der eigentlichen Behandlung
- kann chronisch wie auch bei akuten Beschwerden eingesetzt werden
- klein und handlich, portabel (Wettkämpfe, Trainingslager usw.)
- der psychologische Vorteil für den Patienten, dieser spürt die tiefgehende Wärme noch Stunden nach der Behandlung
- 3 Jahre Garantie und vieles mehr

Anwendungsgebiete:

- Myalgien, Bursitis, erkrankte Wirbelbogengelenke, Ligamentveränderungen, Periostitis
- Knochengewebe und kollagenes Narbengewebe
- Tendinitis in Schulter, Bizeps, Ellenbogen, Hüfte und Achillessehne
- Oberschenkel- und Leistenzerrungen, Fussgelenkdistorsionen, Sehnenansatzleiden, Arthrose usw.

25 JAHRE/ANS

AUSWAHL QUALITÄT SERVICE
CHOIX QUALITÉ SERVICE

keller

Simon Keller AG

Ihre direkte Nummer für Massage/Physio 034 - 423 08 38

CH-3400 BURGDORF, Lyssachstrasse 83
Tel. 034-422 74 74+75
Fax 034-423 19 93

Senden Sie uns unverbindlich ❑ Doku Skanlab 25 Bodywave
❑ Ich möchte Skanlab 25 Bodywave testen ❑ Physiokatalog

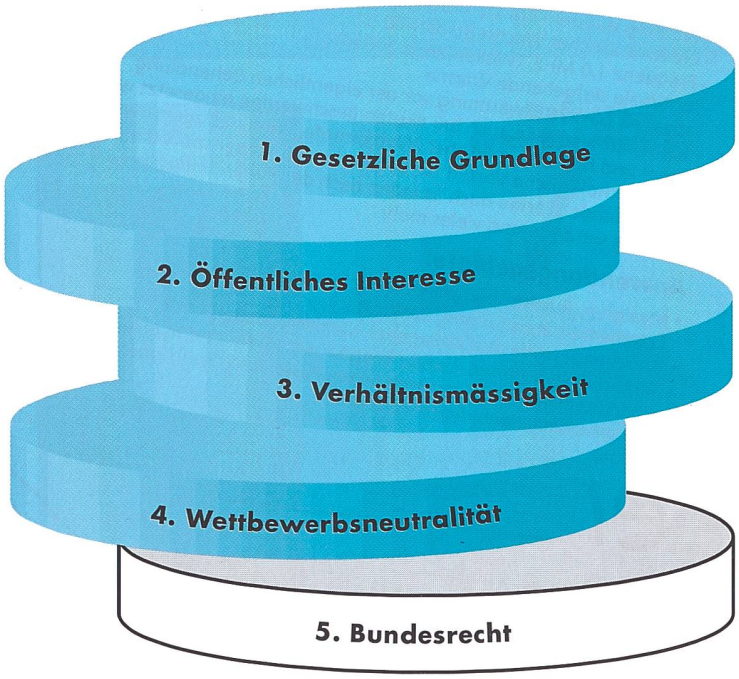
die eigentliche *Interessenabwägung* zwischen dem Grundrecht auf der einen, dem öffentlichen Interesse des Kantons auf der anderen Seite. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist naturgemäss unscharf. Zu den öffentlichen Interessen gehören aber ohne Zweifel die legitimen Interessen des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung. Wenn das Gesetz etwa für gewisse Berufsgruppen eine Mindestausbildung festlegt, so sind diese Anforderungen in der Regel durch das Interesse des Gesundheitsschutzes gedeckt. Verfolgt dagegen eine kantonale Bestimmung in erster Linie das Interesse, einen gewissen Berufsstand vor neuer Konkurrenz zu schützen, so liegt darin kein öffentliches Interesse, welches einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit rechtfertigen würde. Typisches Beispiel einer unzulässigen Beschränkung stellt etwa die Bedürfnisklausel dar, weil damit standespolitische, nicht aber öffentliche Interessen verfolgt werden.

Der dritte Punkt des Prüfungsrasters, die Prüfung der *Verhältnismässigkeit,* hängt mit dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses eng zusammen. Die beim öffentlichen Interesse angesprochene Abwägung zwischen Argumenten für und gegen eine Einschränkung wird im Rahmen der Verhältnismässigkeit verfeinert. Es muss erstens geprüft werden, ob eine staatliche Massnahme überhaupt tauglich ist, um das von ihr anvisierte Ziel zu erreichen. Zweitens müssen die Kantone grundsätzlich das leichteste, mildeste ihnen zur Verfügung stehende Mittel wählen, mit dem der erwünschte Erfolg herbeigeführt werden kann. Schliesslich darf eine bestimmte Massnahme überhaupt nicht durchgeführt werden, wenn sie gegenüber dem zu verwirklichenden Ziel als unverhältnismässig erscheint.

Der vierte Punkt im Prüfungsraster, die Beachtung der Wettbewerbsneutralität, ist eine Spezialität der Handels- und Gewerbefreiheit. Dies hängt damit zusammen, dass dieses Grundrecht nicht nur individuelle Freiheitspositionen schützt, sondern auch für Gesamtheit der Schweizerischen Wirtschaftsverfassung von Bedeutung ist. Die Kantone haben bei ihren Massnahmen den Mechanismus des Wettbewerbs zu respektieren. Dies gilt grundsätzlich auch für das Gesundheitswesen. Eine Massnahme darf also etwa nicht zugunsten einer bestimmten Berufsgruppe protektionistisch wirken.

Schliesslich kann es auch sein, dass das Bundesrecht der kantonalen Gesetzgebung gewisse Grenzen setzt. Dies ist allerdings kein typisches Problem einer Grundrechtsbeschränkung, sondern muss vielmehr bei jeder Form kantonalen Handelns in gleicher Weise beachtet werden. Im Gesundheitswesen hat der Bund beispielsweise gewisse medizinische Leistungen als kassenpflichtig erklärt. Es wäre deshalb wohl rechtlich unzulässig, wenn die Kantone eben gerade diese Leistungen verbieten würden. Der Vorbehalt des Bundesrechts dürfte allerdings nur in Ausnahmefällen von Bedeutung sein und ist hier nur der Vollständigkeit halber angeführt.

Prüfungsraster bei Grundrechtsbeschränkungen (Wirtschaftsfreiheit)



5. DIE ÄRZTLICHE ANORDNUNG DER PHYSIOTHERAPEUTISCHEN BEHANDLUNG ALS BESCHRÄNKUNG DER WIRTSCHAFTSFREIHEIT DER PHYSIOTHERAPEUTINNEN UND PHYSIOTHERAPEUTEN

Lassen Sie mich jetzt diesen Prüfungsraster auf ein Beispiel anwenden, das wir in unserem Gutachten einer näheren Prüfung unterzogen haben: Es geht um die Frage, inwieweit die ärztliche Anordnung der Physiotherapie eine zulässige Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten darstellt. Der Physiotherapeut darf also per Gesetz eine Patientin nur behandeln, wenn diese Behandlung vorher durch eine Ärztin abgesegnet worden ist. Eine eigentlich freie, das heisst von einer Überweisung unabhängige physiotherapeutische Behandlung gibt es nicht, weil sie rechtlich untersagt ist. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher kantonaler Bestimmungen möchte ich im folgenden überprüfen.

Ist es mit anderen Worten verfassungsrechtlich zulässig, dass viele Kantone den Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten verbieten, ihre Leistungen *autonom,* das heisst ohne ärztlichen Verschrieb, anzubieten? Eine solche Frage kann nicht einfach mit ja oder nein beantwortet werden. Dazu ist sie zu komplex und die Regelung in den Kantonen im einzelnen zu unterschiedlich. Es soll aber versucht werden, aufzuzeigen, wo die juristischen Schwierigkeiten, vielleicht auch Schwachstellen, einer solchen Regelung liegen. Dazu möchte ich den vorher vorgestellten Prüfungsraster verwenden.

Im Hinblick auf die notwendige gesetzliche Grundlage, den ersten Punkt des Prüfungsrasters, gilt es zunächst abzuklären, ob es sich bei der Verpflichtung der Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten, nur auf ärztliche Anweisung tätig zu werden, um einen schweren *Eingriff* in deren Wirtschaftsfreiheit handelt. Wir waren im Gutachten auf jeden Fall der Meinung, dass es sich bei der Verpflichtung der ärztlichen Anordnung um einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit Ihrer Berufgruppe handelt. Zwar wird die Berufsausübung der Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten nicht im klassischen Sinne eingeschränkt, weil im Moment, wo der Patient einen Physiotherapeuten aufsucht, das Verhältnis der Vertragsparteien relativ freiheitlich ausgestaltet werden kann. Der Patient muss sich aber vorgängig durch einen Arzt untersuchen lassen. Die physiotherapeutische Behandlung wird an eine Bedingung geknüpft, ohne welche sie gar nicht erst stattfinden darf. Es werden also nicht nur die Modalitäten der Berufsausübung tangiert, sondern die Ausübung als

solche. Kommt hinzu, dass die Anordnung und Kontrolle einer physiotherapeutischen Massnahme nicht in den Händen des Gemeinwesens, sondern in der Regel bei *Privaten,* den Ärztinnen und Ärzten, liegt. Dies ist – wenn es sich in der Praxis bewährt – sicher nicht a priori zu kritisieren. Aus juristischer Sicht muss aber eine Delegation staatlicher Verantwortung, nämlich die Anordnung oder Nicht-Anordnung einer Behandlung als Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten, erhöhten Anforderungen entsprechen. Dabei muss aus unserer Sicht zusätzlich beachtet werden, dass Ärzte und Ärztinnen gegenüber Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten bei gewissen Leistungen in einem Konkurrenzverhältnis stehen. Dies alles führt dazu, dass grundsätzlich von einem schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit auszugehen ist.
Aus dieser Perspektive erscheint es mir problematisch, wenn kantonale Gesundheitsgesetze die Regelung des Physiotherapeutenberufes blankettartig dem Verordnungsgeber, also einer untergeordneten Instanz, überlassen und dieser dann, in der Regel der Regierungsrat des Kantons, die Ausübung des Physiotherapeutenberufes ohne weiteres unter die Voraussetzung der ärztlichen Anordnung stellt. Meines Erachtens sollte die Voraussetzung der ärztlichen Anordnung der Physiotherapie in einem kantonalen Gesetz festgelegt werden, um den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu genügen.

Der zweite Punkt des Prüfungsrasters betrifft die Frage des öffentlichen Interesses. Ist also die ärztliche Anordnung der Physiotherapie durch legitime Anliegen des Kantons gerechtfertigt?
Soweit es um die Probleme des Gesundheitsschutzes geht, also die ärztliche Anordnung das Ziel verfolgt, den Patienten vor gesundheitlichen Risiken zu schützen, muss ich als Jurist weitgehend passen. Es geht um medizinischtechnische Belange, welche Sie besser beurteilen können als ich. Die Prüfung der Zwecktauglichkeit der ärztlichen Anordnung bleibt insofern offen. Immerhin ist rein faktisch festzuhalten, dass sich eine Vielzahl der Kantone sowie der Bundesgesetzgeber anlässlich der Revision des KVG für diese Lösung entschieden haben.
Wesentlich erscheint vielmehr (auch) die Frage, ob mit der physiotherapeutischen Behandlung andere medizinische Behandlungen kostengünstig ersetzt werden können. Dies alles ist aber wie gesagt keine streng juristische Frage.
Festhalten möchte ich aber zum Punkt des öffentlichen Interesses noch, dass grundsätzlich der *Kanton,* der für die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit verantwortlich ist, die Argumente des Gesundheitsschutzes und der Kostendämpfung zu belegen hat. Man kann diesbezüglich wohl nicht von einer eigentlichen Beweispflicht sprechen; auf jeden Fall ist es aber grundsätzlich der Kanton, der die Gründe für die obligatorische Anordnung der Physiotherapie glaubhaft machen muss. Dies ist eine Konsequenz des freiheitlichen Charakters der Wirtschaftsfreiheit.

Beim Aspekt der Verhältnismässigkeit möchte ich besonders hevorheben, dass es rechtlich problematisch sein kann, wenn *jede* physiotherapeutische Behandlung den gleich strengen Voraussetzungen unterworfen wird. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Ausprägung als Grundsatz der Erforderlichkeit verlangt, dass der Kanton grundsätzlich das leichteste Mittel einsetzt, welches zur Erreichung des verfolgten Zieles genügt. Er darf keine schwerere Massnahme anordnen, als es unbedingt notwendig ist.
Bei den Anliegen des Gesundheitsschutzes muss es also medizinisch gerechtfertigt sein, dass jede physiotherapeutische Betätigung nur auf ärztliche Anweisung hin erfolgt. Wenn es möglich ist – und gewisse Kantone haben dies gemacht – gesundheitlich unproblematische Behandlungsformen freizugeben, so ist unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit nicht ersichtlich, weshalb *alle* Behandlungsformen nur aufgrund ärztlicher Anweisung zulässig sein sollen. Dies wäre zum Schutz der Gesundheit der Patienten nicht nötig und somit verfassungsrechtlich kaum haltbar. In diesem Sinne hat etwa das Bundesgericht eine Bestimmung des Genfer Gesundheitsgesetzes aufgehoben, welche das Anpassen von Kontaktlinsen nur auf ärztliche Anordnung hin zulassen wollte. Eine solche, undifferenzierte Beschränkung hielt das Bundesgericht für unzulässig. Eine vorgängige ärztliche Untersuchung sei nur beim Vorliegen eines pathologischen Befundes zwingend. Ein generelles Verbot zum Anpassen von Kontaktlinsen bei allen Patienten und Patientiennten sei dagegen medizinisch nicht erforderlich und somit unverhältnismässig. Das Bundesgericht hat diese Position in einem Entscheid bezüglich selbständiger Psychotherapie bekräftigt. Es hat dort bemerkt, dass unter Umständen mit einer vollständigen Aufklärungspflicht des Therapeuten das gleiche Ziel erreicht werden kann wie mit einem Obligatorium der ärztlichen Überweisung.
Es ist natürlich auch eine medizinische Frage, inwieweit diese Entscheide auf Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten übertragen werden können. Die Entscheide zeigen meines Erachtens jedoch deutlich eine gewisse des Bundesgerichts gegenüber undifferenzierten Beschränkungen des Kantons, wenn das gleiche Ziel mit milderen Mitteln auch hätte erreicht werden können.

Den letzten Punkt, der auf dem vorliegenden Prüfungsraster aufgeführt wird, betrifft den Gesichtspunkt der Wettbewerbsneutralität. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verlangt, dass das Gemeinwesen ein System der freien Konkurrenz zulässt. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität kann nicht absolut verstanden werden. Es geht vielmehr darum, dass die Kantone die wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen ihrer Massnahmen auf ein Minimum zu reduzieren hat.
Welche Bedeutung hat dieser Grundsatz für das Problem der ärztlichen Anordnung der Physiotherapie? Friktionen treten vor allem in denjenigen Bereichen auf, in denen sich die Tätigkeit der Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten sowie der Ärztinnen und Ärtze überschneiden können. Die Kartellkommission hat in ihrem Bericht von 1985 über die Wettbewerbsverhältnisse in der selbständigen ärztlichen Tätigkeit festgehalten, dass Ärztinnen und Ärzte immer mehr Behandlungsmethoden in ihre Praxis integrieren, die nicht in ihr ursprüngliches Berufsbild passen. Dies ist zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden. Den Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten, welche von den ärztlichen Überweisungen wirtschaftlich abhängig sind, entsteht dadurch aber ein nicht unwesentlicher Konkurrenznachteil. Faktisch wird – gemäss den Untersuchungen der Kartellkommmission – die Wahl des Physiotherapeuten faktisch oft durch die Ärztin getroffen.
In wirtschaftsverfassungsrechtlicher Hinsicht sind auf jeden Fall diejenigen Massnahmen problematisch, die das Wettbewerbsgefälle zwischen Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten auf der einen und Ärztinnen und Ärzten auf der anderen Seite noch zusätzlich verschärfen. Die Konkurrenzsituation darf nicht zu Lasten einer Berufsgruppe weiter erschwert werden. Dies gilt insbesondere bei der Anstellung von Hilfspersonen. Wenn Hilfspersonen ohne Bewilligung der Gesundheitsdirektion für einen Arzt, nicht aber für ein Physiotherapeutin tätig werden dürfen, so wird die Ungleichheit zwischen den beiden Berufsgruppen noch zusätzlich verschärft. Problematisch wäre auch, wenn ein Arzt für diese Hilfsperson den gleichen Tarif berechnen dürfte, wie ein selbständiger Physiotherapeut verlangen könnte. Solche Regelungen erscheinen unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsneutralität nicht gerechtfertigt und dürften sich im übrigen auch nicht auf zureichende öffentliche Interessen abstützen können.
Auch die Tatsache allein, dass Ärztinnen und Ärzte physiotherapeutische Leistungen verschreiben können, ist unter Wettbewerbsgesichtspunkten nicht unbedenklich. Dies ist auch die Auffassung der Kartellkommission. Der

Aspekt der Wettbewerbsneutralität muss meines Erachtens auf jeden Fall in die Güterabwägung zwischen den legitimen öffentlichen Interessen des Gesundheitschutzes und der Kostendämpfung auf der einen sowie der freiheitsbeschränkenden Wirkung der ärztlichen Anordnung der Physiotherapie und der Wettbewerbsproblematik auf der anderen Seite einfliessen. Die Wettbewerbsproblematik wird zwar nicht in jedem Fall den Ausschlag geben können. Sie muss aber auf jeden Fall berücksichtigt werden, wenn es um die Schwere des Eingriffes in die Wirtschaftsfreiheit der Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten geht.

6. ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSBEMERKUNG

Ich hoffe aber, dass deutlich geworden ist, wo allenfalls die juristischen Schwachpunkte einer ärztlichen Anordnung der Physiotherapie liegen könnten:

Ich denke, dass erstens die gesetzliche Grundlage vom kantonalen Parlament erlassen werden sollte. Dies hängt damit zusammen, dass ich in der Anordnung der Physiotherapie durch einen Arzt einen grundsätzlich schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit sehe.

Zweitens muss der Kanton die öffentlichen Interessen glaubhaft machen, die er mit dem ärztlichen Verschrieb der Physiotherapie verfolgt. Als öffentliche Interessen kommen grundsätzlich nur die Interessen des Gesundheitsschutzes und der Kostendämpfung in Betracht.

Drittens muss unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit geprüft werden, ob es wirklich notwendig ist, die gesamte Tätigkeit der Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten der Voraussetzung der ärztlichen Anordnung zu unterwerfen. Es geht mit anderen Worten um die Erforderlichkeit der Massnahme.

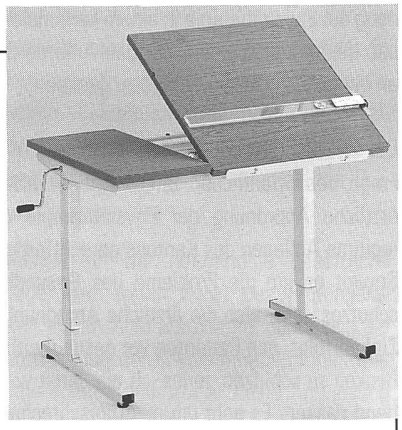
Und viertens darf bei der ärztlichen Anordnung der Physiotherapie der Gesichtspunkt der Wettbewerbneutralität nicht unterschätzt werden. Unzulässig scheinen zumindest diejenigen Bestimmungen, die das bestehende Wettbewerbsgefälle zwischen Ärzten und Ärztinnen sowie Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten zusätzlich verschärfen. Auf jeden Fall ist der Gesichtspunkt der Wettbewerbsverfälschung im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

In unserem Gutachten haben wir *weitere kantonale Einschränkungen* der Wirtschaftsfreiheit von Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten geprüft wie z.B. Werbeverbote. Das Prüfungsschema blieb für alle diese Einschränkungen dasselbe: Gesetzliche Grundlage, Öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Wettbewerbsneutralität. Es ist schwierig, das Ergebnis dieser Überprüfungen in wenigen Worten zusammenzufassen. Wesentlich erscheint mir aber die Feststellung, dass Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten wie andere Unternehmer privatwirtschaftlich tätig werden dürfen. Sie stehen vollumfänglich unter dem Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit. Die Kantone können diese Freiheit aus Gründen des Gesundheitsschutzes zwar weitreichend beschränken, doch bleibt die grundsätzlich freiheitliche Ausrichtung der Handels- und Gewerbefreiheit erhalten. Dies äussert sich insbesondere in der Weise, dass es den Kantonen untersagt ist, mit ihren Massnahmen die eine oder andere Berufsgruppe zu begünstigen. Standespolitisch motivierte Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind grundsätzlich auch im Gesundheitswesen unzulässig.

Kugelbad, jede Grösse, jede Form

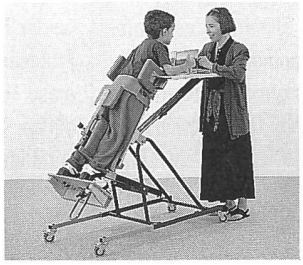
Wir gehören zu den Spezialisten im Bereich Rehabilitation

und arbeiten eng mit Physio- und Ergotherapeuten, aber auch mit Ärzten, Spitälern, Heimen und Institutionen zusammen. Wir offerieren Ihnen ein äusserst umfassendes Programm an Rehabilitationshilfen in den Bereichen Küche, Haushalt, Bad und Toilette, Wohnen und Schlafen, Freizeit und Beruf, dann auch Fahrhilfen, Gehhilfen, Liegehilfen und Therapie- und Trainingshilfen. Besonderen Wert legen wir auf **Früherfassung behinderter Kinder**. Einige Beispiele aus unserem Programm:



Ergotische

Badestuhl



Ständer für Rücken- und Bauchlage

Mobiler Stehständer

Wir vertreten:
Rifton, USA
Rompa, England
Ropox, Dänemark
Thomashilfen, Deutschland

Verlangen Sie detaillierte Unterlagen bei:

medExim
Sportmedizin & Rehabilitation

Solothurnstr. 180, 2540 Grenchen
Tel. 032 - 645 22 37
Fax 032 - 645 27 08