Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

Empfehlung

vom 20. Juni 2005

gemäss Art. 8 Abs. 2 BGBM

betreffend

Selbständige Ausübung des Psychotherapeutenberufs im Kanton Basel-Stadt

1. Sachverhalt

1. Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern und das Gesundheits- und Sozialdepartement des Kantons Luzern erteilten X. _____ _____, Psychotherapeut FSP, am 22. Oktober 2002 bzw. 14. Mai 2003 die Bewilligung zur selbständigen Ausübung des Psychotherapeutenberufs.

2. Am 29. März 2003 reichte X. _____ (nachfolgend Gesuchsteller) beim Sanitätsdepartement des Kantons Basel-Stadt (nachfolgend Sanitätsdepartement) ein Gesuch um Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung ein. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2003 teilte das Sanitätsdepartement dem Gesuchsteller mit, dass die Fachkommission Psychotherapeuten sein Gesuch um selbstständige Ausübung der psychotherapeutischen Tätigkeit geprüft und dessen Ablehnung beantragt habe. Zur Begründung wurde geltend gemacht, dass der Gesuchsteller die Bewilligungsvoraussetzung von § 8 Abs. 1 lit. c der baselstädtischen Psychotherapeutenverordnung vom 22. November 1977 nicht erfülle, die ein mindestens sechsmonatiges klinisches Praktikum an einer FMH-Weiterbildungsstätte Psychiatrie und Psychotherapie vorschreibt. Des Weiteren bemängelte die Fachkommission die nach Massgabe von § 8 Abs. 1 lit. d der Psychotherapeutenverordnung verlangte Spezialausbildung zum Psychotherapeuten. Nach deren Auffassung vermochte die vom Gesuchsteller absolvierte Ausbildung in Systemischer Psychotherapie den diesbezüglichen Anforderungen nicht zu genügen. Aus der Tatsache, dass der Gesuchsteller Inhaber einer Berufsausübungsbewilligung der Kantone Bern und Luzern ist, wurde mit Verweis auf das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (BGBM; SR 943.02) kein Anspruch auf eine Bewilligungserteilung abgeleitet. Die Kantone seien nach wie vor berechtigt, eine förmliche Berufsausübungsbewilligung zu verlangen, und in den Schranken von Art. 3 BGBM strengere Anforderungen zu stellen als derjenige Kanton, der den Fähigkeitsausweis ursprünglich erteilt hat.

3. In Antwort auf eine vom Gesuchsteller anbegehrte Zweitprüfung bestätigte das Sanitätsdepartement am 10. Februar 2004 die negative Gesuchsbeurteilung durch die Fachkommission. Es stellte dem Gesuchsteller den Erlass einer anfechtbaren Verfügung in Aussicht, falls dieser darum nachsuche.

4. Ende April 2004 setzte der Gesuchsteller das Sekretariat der Wettbewerbskommission über die ablehnende Haltung der basel-städtischen Behörden in Kenntnis. Das Sekretariat unterzog den fraglichen Sachverhalt einer binnenmarktrechtlichen Prüfung und gelangte zum Schluss, dass die Verweigerung der Berufsausübungsbewilligung eine unverhältnismässige Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 BGBM darstelle. Es teilte dem Sanitätsdepartement am 13. Juli 2004 seine Rechtsauffassung schriftlich mit und bat dieses um Stellungnahme.

5. Mit Schreiben vom 5. August 2004 teilte das Sanitätsdepartement dem Sekretariat der Wettbewerbskommission mit, dass die Fachkommission das Gesuch noch einmal prüfen werde. An der diesbezüglichen Sitzung vom 23. Sep-

tember 2004 gelangte die Fachkommission zum Schluss, dass sie bezüglich der Systemischen Psychotherapie grundsätzlich an ihrem bisherigen Standpunkt festhalte, dennoch aber bereit sei, eine allfällige Praxisänderung durch eine Arbeitsgruppe prüfen zu lassen (Schreiben des Sanitätsdepartements an das Sekretariat der Wettbewerbskommission vom 7. Oktober 2004). Im Schreiben vom 21. Dezember 2004 an den Gesuchsteller bestätigte das Sanitätsdepartement die beschlossene Prüfung und wies darauf hin, dass diese etwa ein Jahr beanspruchen werde.

2. Erwägungen

2.1 Zuständigkeit

6. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die Wettbewerbskommission (nachfolgend Weko) die Einhaltung dieses Gesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben. Sie kann diesen Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben (Art. 8 Abs. 2 BGBM).

2.2 Grundsätze für den freien Marktzugang

7. Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person das Recht, Dienst- 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. Das Anbieten derartiger Leistungen richtet sich nach den Vorschriften des Herkunftsortes (Art. 2 Abs. 3 BGBM). Das sogenannte Herkunftsprinzip basiert auf der (widerlegbaren) Vermutung, wonach die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind.

8. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt allerdings nicht absolut. So darf die Behörde des Bestimmungsortes den Zugang gestützt auf ihre Vorschriften einschränken, wenn diese Beschränkungen a) gleichermassen für ortsansässige Personen gelten; b) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und c) verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Derartige Beschränkungen dürfen jedoch in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

9. Art. 4 Abs. 1 BGBM folgend gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sich nicht Beschränkungen nach Art. 3 BGBM unterliegen. Diese Bestimmung stellt eine (logische) Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar. Sie soll gewährleisten, dass bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten der Binnenmarkt Schweiz nicht durch unterschiedliche kantonale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird (BBl 1994 I 1266 f.).

2.3 Gesuchsbeurteilung durch die basel-städtischen Behörden und BGBM

10. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist ein Fähigkeitsausweis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM die Bestätigung dafür, dass der Erwerber die fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, um den betreffenden Beruf richtig auszuüben (BGE 125 I 276).

11. Der Gesuchsteller ist, wie bereits erwähnt, im Besitz einer Berufsausübungsbewilligung der Kantone Bern und Luzern. Es stellt sich die Frage, ob es sich bei diesen Bewilligungen um Fähigkeitsausweise im Sinne des Gesetzes handelt. In einem Gutachten zuhanden des Gesundheitsdepartements des Kantons St. Gallen qualifizierte die Wettbewerbskommission die Bewilligung zur Ausübung der Tätigkeit als Psychotherapeut als Fähigkeitsausweis nach Massgabe von Art. 4 Abs. 1 BGBM (RPW 2002, S. 207 ff.).

12. Demnach ist zu prüfen, ob sich die Verweigerung der Erteilung der basel-städtischen Berufsausübungsbewilligung aufgrund der Ausnahmebestimmung von Art. 3 BGBM rechtfertigen lässt.

13. Dass die selbstständige Ausübung der psychotherapeutischen Tätigkeit eine behördliche Bewilligung voraussetzt, ist gerechtfertigt. Mit der Bewilligungspflicht soll der Schutz der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen, d.h. insbesondere die fachgerechte Behandlung der Patienten, gewährleistet werden. Dementsprechend gilt das Bewilligungserfordernis sowohl im Bestimmungs- als auch in den beiden Herkunftskantonen.

14. Unstrittig ist ebenfalls die Berechtigung des Kantons Basel-Stadt, strengere Bewilligungsvoraussetzungen zu formulieren. In diesem Fall muss aber eine allfällige Beschränkung des Marktzugangs verhältnismässig sein. Dieses Erfordernis gilt insbesondere dann als erfüllt, wenn die angestrebte Schutzwirkung nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erzielt wird (Art. 3 Abs. 3 Bst. a BGBM). Demnach sind für die Beantwortung der Frage nach der Verhältnismässigkeit die in casu strittigen basel-städtischen Bewilligungsvoraussetzungen, d.h. die Voraussetzungen betreffend die praxisorientierte Weiterbildung und Spezialausbildung zum Psychotherapeuten, mit denjenigen der Kantone Luzern und Bern zu vergleichen.

2.3.1 Praxisorientierte Weiterbildung

15. § 8 Bst. c der basel-städtischen Psychotherapeutenverordnung verlangt eine in der Regel insgesamt einjährige praxisorientierte Weiterbildung in direktem fachlichem Kontakt mit psychisch kranken Personen, davon mindestens ein halbes Jahr in einer psychiatrischen Klinik, Poliklinik oder in einem öffentlichen externen psychiatrischen Dienst. Diese Institutionen müssen als FMH-Weiterbildungsstätten für Psychiatrie und Psychotherapie anerkannt oder diesbezüglich gleichwertig sein. Diese praktische Tätigkeit soll den Gesamtbereich psychopathologischer Zustände des Erwachsenen- oder des Kindes- und Jugendalters erfassen.

16. § 6 Bst. b der luzernischen Psychotherapeutenverordnung vom 17. Dezember 1985 verlangt nach Studienabschluss eine zusätzliche praktische Weiterbildung von mindestens einem Jahr in direktem und fachlich kontrolliertem Kontakt mit seelisch leidenden Personen. Diese praktische Tätigkeit soll den Gesamtbereich psychopathologischer Zustände des Erwachsenen- oder des Kindes- und Jugendalters erfassen. Art. 4 Ziff. 2 Bst. b der bernischen Verordnung über die Psychotherapeutinnen und die Psychotherapeuten vom 14. September 1988 schliesslich verlangt eine Praxistätigkeit von mindestens einem Jahr in einer Einrichtung der psychosozialen Gesundheitsversorgung, in der Personen mit psychischen Krankheiten und Störungen psychotherapeutisch behandelt werden, wie zum Beispiel in psychiatrischen Kliniken oder Polikliniken oder in einer anderen psychotherapeutischen Einrichtung.

17. Die basel-städtische Regelung unterscheidet sich von den beiden anderen Regelungen im Wesentlichen dadurch, dass sie für einen Teil der Weiterbildung den Kreis der hiefür in Frage kommenden Institutionen einschränkt. In Bezug auf den Kerngehalt jedoch, nämlich eine insgesamt einjährige Praxistätigkeit in direktem und fachlich kontrolliertem Kontakt mit seelisch leidenden Personen, besteht kein Unterschied. Draus ergibt sich, dass die Regelungen bezüglich der Anforderungen an die praktische Weiterbildung als gleichwertig zu betrachten sind.

18. Abgesehen von der Gleichwertigkeit der Regelungen stellt sich ernsthaft die Frage, ob die Begründung für die Nichterfüllung der basel-städtischen Anforderungen stichhaltig ist. Alternativ zu einer FMH-Weiterbildungsstätte kann nämlich die mindestens sechsmonatige praktische Weiterbildung auch an einer gleichwertigen Institution absolviert werden. Der Gesuchsteller war im Rahmen seiner Weiterbildung während sechs Monaten an der kantonalen Beobachtungsstation Bolligen tätig, die unter ärztlicher Leitung eines FMH-Facharztes der Psychiatrie stand.

19. Aufgrund des Gesagten erweist sich die Nichtanerkennung der praxisorientierten Weiterbildung als unverhältnismässig im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Bst. a BGBM.

2.3.2 Spezialausbildung in Systemischer Psychotherapie

20. Gemäss § 8 Bst. d der basel-städtischen Psychotherapeutenverordnung muss die spezielle Ausbildung zum Psychotherapeuten auf einer wissenschaftlich anerkannten Psychotherapiemethode basieren, deren Wirksamkeit sich über ein breites Anwendungsgebiet erstreckt. Die Ausbildung muss die vertiefte Anwendung der gewählten Methoden auf die eigene Person sowie auf andere Personen unter fachlicher Kontrolle umfassen. Die Fachkommission Psychotherapeuten beurteilt diese Spezialausbildung in qualitativer und quantitativer Hinsicht und berücksichtigt dabei die formulierten Ausbildungsanforderungen der entsprechenden Fachausrichtungen.

21. Die luzernische Psychotherapeutenverordnung enthält exakt dieselbe Bewilligungsvoraussetzung (§ 6 Bst. c). Praktisch gleich lautet auch die bernische

Voraussetzung (Art. 4 Abs. 2 Bst. a). Der Unterschied zur basel-städtischen und luzernischen Regelung besteht einzig darin, dass die Fachkommission zur Erarbeitung von Richtlinien für die Beurteilung der Spezialausbildung verpflichtet wird, was für die vorliegende Beurteilung ohne Belang ist.

22. Sowohl die bernische als auch die luzernische Regelung betreffend die Anforderungen an die Spezialausbildung sind offensichtlich gleichwertig. Sie streben dieselbe Schutzwirkung an wie die basel-städtische Regelung. Die Nichtanerkennung der Spezialausbildung des Gesuchstellers erweist sich somit als unverhältnismässig im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Bst. a BGBM.

23. An dieser Beurteilung vermag das Argument des Sanitätsdepartementes, wonach es sich bei der Spezialausbildung in Systemischer Psychotherapie um keine wissenschaftlich anerkannte Psychotherapiemethode handle, nichts zu ändern. Die Frage, ob der Systemischen Psychotherapie die Anerkennung als wissenschaftliche Psychotherapiemethode zusteht oder nicht, ist eine wissenschaftliche Streitfrage, die es nicht hier zu entscheiden gilt. Von binnenmarktrechtlicher Relevanz ist die Tatsache, dass die Systemische Psychotherapie in den Kantonen Luzern und Bern - und offenbar auch in anderen Kantonen - als Spezialausbildung anerkannt und somit als geeignet erachtet wird, die korrekte Ausübung der psychotherapeutischen Tätigkeit sicherzustellen.

24. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verwiesen. Im Entscheid BGE 125 I 335 betreffend die selbständige Berufsausübung als Akupunkteurin hielt das Gericht fest, dass die Wirtschaftsfreiheit nicht nur die Ausübung von Tätigkeiten schütze, die einer bestimmten Kultur oder Denkrichtung, zum Beispiel der "westlichen" Auffassung von Medizin, entsprächen. Vielmehr gewährleiste sie bei der Ausübung eines Medizinalberufes die grundsätzliche Methoden- oder Therapiefreiheit. Deshalb seien auch medizinische Methoden, die nicht einer bestimmten Denkschule entsprächen, grundsätzlich zulässig. Allfällige Einschränkungen dürften nicht weitergehen, als zur Sicherstellung ihres Zweckes erforderlich sei. Diese Ausführungen dürfen auch für die Ausübung des Psychotherapeutenberufs Gültigkeit beanspruchen.

3. Ergebnis

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen erweist sich die ablehnende Gesuchsbeurteilung durch die Behörden des Kantons Basel-Stadt als unverhältnismässig im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Bst. a BGBM und verletzt somit das Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe von Art. 2 BGBM. Deshalb und gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGBM empfiehlt die Wettbewerbskommission dem Kanton Basel-Stadt:

1. X. _____ **die Bewilligung zur selbständigen Ausübung des Psychotherapeutenberufs zu erteilen;**

2. **Gesuchen um selbständige Ausübung des Psychotherapeutenberufs von Personen, die im Besitze einer Bewilligung eines anderen**

Kantons sind und deren Erteilung auf gleichwertige Voraussetzungen abstützt, inskünftig stattzugeben.

Wettbewerbskommission

Prof. Walter Stoffel
Präsident

Rolf Dähler
Direktor