

forum

gesundheitsrecht
droit de la santé

Herausgeber:
Tomas Poledna, Reto Jacobs

Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2010
ISBN 978-3-7255-5969-5

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

RETO JACOBS

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Zürich

Gesundheitswesen und Kartellgesetz 1

MATTHIAS OESCH

PD Dr., LL.M., Assistenzprofessor in Bern und Rechtsanwalt in Zürich

Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum Markt 21

MARKUS MOSER

Dr. iur.

Wettbewerb unter Krankenkassen 45

TOMAS POLEDNA

Prof. Dr. iur., Titularprofessor Universität Zürich und Rechtsanwalt in Zürich

PHILIPP DO CANTO

Lic. iur., Rechtsanwalt in Zürich

Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag 71

FELIX UHLMANN

Prof. Dr., Professor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre an der Universität Zürich

Transparenz und Zugang zu Daten als Voraussetzung für den Wettbewerb 111

WALTER FELLMANN

Prof. Dr., Rechtsanwalt in Luzern, nebenamtlicher ordentlicher
Professor für Privatrecht an der Universität Luzern

Arzt als Unternehmer – Kickbacks und ihre Grenzen

135

Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum Markt

PD DR. MATTHIAS OESCH, LL.M., ASSISTENZPROFESSOR IN BERN
UND RECHTSANWALT IN ZÜRICH

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	21
B.	Staatsvertragliche Gleichwertigkeitsanerkennung	24
	1. Geltende Verträge: FZA und EFTA-Konvention	24
	2. Bedeutung der geltenden Verträge	25
	3. Probleme in der Praxis	28
	4. Rechtsfortbildung	30
C.	Ad-hoc-Prüfung	32
	1. Diplome aus Nichteuropa	32
	2. Weiterbildungstitel aus Nichteuropa	35
D.	Inländerdiskriminierung	36
E.	Fazit	39

A. *Einleitung*

Die Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum schweizerischen Markt ist seit jeher umstritten. Es wird kontrovers diskutiert, unter welchen Voraussetzungen ausländischen Medizinalpersonen erlaubt werden soll, ihren Beruf in der Schweiz selbständig ausüben zu können. Diese Frage beschlägt unterschiedliche und – zumindest teilweise – konfligierende Interessen: die Sicherstellung einer qualitativ hoch stehenden Gesundheitsversorgung, die Stärkung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen, die Garantie der Wirtschaftsfreiheit auch für Ausländer, den Schutz der einheimischen Anbieter vor ausländischer Konkurrenz sowie Erwägungen der Praktikabilität im

Gesetzesvollzug. Der vorliegende Beitrag bezweckt, dieses Spannungsverhältnis auszuloten und im Licht der geltenden Rechtslage kritisch zu würdigen.¹

- 2 Zentrales Regelwerk für die Zulassung von universitären Medizinalpersonen zum Markt stellt das **Medizinalberufegesetz (MedBG)** dar. Es regelt die Aus- und Weiterbildung sowie die selbständige Berufsausübung der universitären Medizinalberufe (Humanmedizin, Zahnmedizin, Chiropraktik, Pharmazie, Veterinärmedizin). Es ist seit 1. September 2007 in Kraft und bezweckt – in Fortschreibung der Ziele des Bundesgesetzes betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweiz von 1877 (FMPG), welches durch das MedBG abgelöst wurde – eine Gesundheitsversorgung von hoher Qualität.² Gemäss Art. 36 Abs. 1 MedBG wird die **Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung** erteilt, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller a) ein entsprechendes eidgenössisches Diplom besitzt sowie b) vertrauenswürdig ist und physisch wie psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet. Wer den Arzt- oder den Chiropraktorenberuf selbständig ausüben will, braucht zusätzlich einen eidgenössischen Weiterbildungstitel. Diese bundesrechtliche Regelung ist abschliessend. Kantone dürfen keine weiteren Voraussetzungen stipulieren. Insbesondere ist nicht zulässig, durch eine allzu restriktive Auslegung der genannten Voraussetzungen weitere (faktische) Hürden für die Zulassung aufzustellen.³
- 3 Art. 15 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 MedBG regeln die **Anerkennung von ausländischen Aus- und Weiterbildungstiteln**.⁴ Demnach wird ein ausländisches Diplom anerkannt, wenn seine Gleichwertigkeit mit einem eidgenössischen Diplom bzw. Weiterbildungstitel in einem Vertrag über die gegenseitige Anerkennung mit dem betreffenden Staat vorgesehen ist und die Inhaberin oder der Inhaber eine Landessprache der Schweiz beherrscht. Der Grundsatz,

¹ Der vorliegende Beitrag berücksichtigt Lehre und Praxis bis Ende 2008. Ebenso wurden die zitierten Websites (www.bag.admin.ch und entsprechende Links) Ende 2008 besucht. Herzlicher Dank gebührt Christoph Hänggeli, Rechtsanwalt, MPA unibe, Geschäftsleiter Sekretariat AWF der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH), für die äusserst hilfreichen Hinweise.

² Botschaft, S. 176; siehe zum MedBG Kieser, S. 11 ff.; Walser, S. 285 ff.; zum altrechtlichen Régime unter dem FMPG POLEDNA/BERGER, N 89 ff.

³ Botschaft, S. 226; ETTER, Art. 36 Rz. 13, der weiter ausführt, dass kantonale Ausführungsbestimmungen Art. 36 Abs. 1 lit. b MedBG präzisieren können, indem für den Nachweis der Vertrauenswürdigkeit die Vorlage eines Leumundszeugnisses oder für den Nachweis des Gesundheitszustandes ein ärztliches Attest vorgeschrieben wird.

⁴ Vgl. zudem Art. 36 Abs. 3 MedBG, dazu unten Rz. 23.

wonach ausländische Aus- und Weiterbildungstitel in der Schweiz nur anerkannt werden, sofern ein entsprechender Staatsvertrag über die Gleichwertigkeit besteht, war – seit 1. Juni 2002 – bereits im FMPG verankert und wurde praktisch unverändert ins MedBG übernommen.⁵ Für diese Anerkennung ist gemäss Art. 15 Abs. 3 und Art. 21 Abs. 3 MedBG die **eidgenössische Medizinalberufekommission (Mebeko)** zuständig.⁶ Das nachfolgende Kapitel B. behandelt die staatsvertragliche Gleichwertigkeit ausländischer Aus- und Weiterbildungstitel.

Für universitäre Medizinalpersonen mit einem Diplom oder Weiterbildungstitel, dessen Gleichwertigkeit **staatsvertraglich nicht anerkannt** ist, besteht grundsätzlich kein Zugang zum schweizerischen Gesundheitsmarkt in selbständiger Erwerbstätigkeit. Diesfalls entscheidet die Mebeko gemäss Art. 15 Abs. 4 und Art. 21 Abs. 4 MedBG, unter welchen Voraussetzungen das eidgenössische Diplom oder der eidgenössische Weiterbildungstitel erworben werden kann. Wenig überraschend tut sich die Mebeko bis heute mit der Aufgabe schwer, eine allseits akzeptierte Praxis zu begründen. Kapitel C. untersucht die **Ad-hoc-Prüfung** ausländischer Diplome und Weiterbildungstitel, deren Gleichwertigkeit staatsvertraglich nicht anerkannt ist. 4

Das geltende Régime der Zulassung zur selbständigen Erwerbstätigkeit – eidgenössische Aus- und/oder Weiterbildung bzw. Anerkennung ausländischer Aus- und/oder Weiterbildung gestützt auf Gleichwertigkeitsanerkennungen – führt in vereinzelt Fällen zu einer «lästigen» **Inländerdiskriminierung** (discrimination à rebours). Eine solche Konstellation tritt ein, wenn für den Erwerb eines schweizerischen Aus- oder Weiterbildungstitels restriktivere Voraussetzungen gelten als für den Erwerb eines ausländischen Titels, dessen Gleichwertigkeit staatsvertraglich verbürgt ist. Inländerdiskriminierungen sind politisch verpönt und verfassungsrechtlich problematisch. Darum geht es im Kapitel D. 5

⁵ Vgl. Art. 2b FMPG, der im Zug des Inkrafttretens des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft von 1999 ins FMPG eingefügt wurde; zu diesem Abkommen unten Rz. 6.

⁶ Die Mebeko besteht zurzeit aus 18 Mitgliedern, die vom Bundesrat ernannt werden, wobei gemäss Art. 49 Abs. 2 MedBG auf eine angemessene Vertretung des Bundes, der Kantone, der universitären Hochschulen sowie der betroffenen Berufskreise zu achten ist (selbst die Studierenden sind in der Mebeko vertreten); siehe für die Zusammensetzung <http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/00993/03866/index.html?lang=de>.

B. Staatsvertragliche Gleichwertigkeitsanerkennung

1. Geltende Verträge: FZA und EFTA-Konvention

- 6 Bis heute hat die Schweiz zwei staatsvertragliche Vereinbarungen über die gegenseitige Zulassung von Medizinalpersonen gemäss Art. 15 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 MedBG abgeschlossen:
- Zentrales Vertragswerk stellt das **Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA)** dar.⁷ Art. 9 FZA sieht vor, dass die Vertragsparteien gemäss Anhang III die erforderlichen Massnahmen zur gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Zeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise treffen.⁸ In Anhang III (C. Medizinische Berufe und Fachberufe) werden die relevanten Rechtsakte des Gemeinschaftsrechts aufgeführt, auf die Bezug genommen wird. Diese Rechtsakte, i.d.R. sektorielle Richtlinien gemäss Art. 249 EGV, erlangen zwischen den Vertragsparteien rechtliche Verbindlichkeit. Ebenso werden die in der Schweiz offiziell verwendeten Berufs- und Diplombezeichnungen aufgelistet. Das FZA beruht damit auf dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens; die entsprechenden Aus- und Weiterbildungen werden als gleichwertig eingestuft, und die Schweiz nimmt am europaweiten System der gegenseitigen Diplomanerkennung teil.
 - Aufgrund des **Abkommens zur Erneuerung der Konvention zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Konvention) vom 21. Juni 2001** dehnte die Schweiz das FZA in der Folge auch auf Angehörige aus den EFTA-Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein aus.⁹ Art. 20 der EFTA-Konvention verweist auf den relevanten Anhang K und dessen Anlage 3, welche die entsprechenden

⁷ SR 0.142.112.681. Seit dem positiven Votum des schweizerischen Souveräns über die Weiterführung des FZA und die Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien am 8. Februar 2009 gilt das FZA zeitlich unbeschränkt (vgl. Art. 25 Abs. 2 FZA) und zwischen der Schweiz und allen 27 EU-Mitgliedstaaten.

⁸ Siehe zur gegenseitigen Diplomanerkennung WALSER, S. 285 f.

⁹ SR 0.632.31. Die EFTA-Konvention wurde 2001 grundlegend revidiert, um die bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EG von 1999 («Bilaterale I») auch auf die Beziehungen zwischen der Schweiz und den anderen EFTA-Staaten auszudehnen (sog. «Vaduzer Abkommen»); siehe auch SPESCHA, Rz. 4 zu Art. 1 FZA.

Diplome und Weiterbildungstitel auflistet. Dabei wird einleitend ausdrücklich auf das FZA und dessen Anhang III wie auch auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), dem die übrigen EFTA-Staaten beigetreten sind, Bezug genommen.

Gemäss Art. 15 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 2 MedBG haben ausländische Aus- und Weiterbildungstitel, die als gleichwertig gelten, die gleiche Wirkung wie ein eidgenössischer Titel.¹⁰ Dies gilt folglich für alle Diplome und Weiterbildungstitel, welche im Anhang III des FZA sowie im Anhang K der EFTA-Konvention aufgeführt sind – und damit praktisch für alle anerkannten Aus- und Weiterbildungslehrgänge in **Europa**. Darüber hinaus hat die Schweiz keine weiteren Gegenrechtsvereinbarungen getroffen. Dies ist insbesondere mit Blick auf diejenigen Länder bedauerlich, welche über ein qualitativ hoch stehendes Gesundheitswesen und ausgezeichnete universitäre und praktische Ausbildungslehrgänge verfügen. Dazu zählen etwa die **Vereinigten Staaten, Kanada** und **Australien**. Gemäss Bundesrat besteht in der Tat ein erhebliches Interesse, mit diesen Ländern entsprechende Verträge abzuschliessen; Abklärungen laufen.¹¹ Realistisch scheinen solche Vorhaben aber kaum. Vor allem die Vereinigten Staaten haben bis heute keinerlei Bereitschaft gezeigt, Gleichwertigkeitsabkommen im Bereich der Aus- und Weiterbildung von universitären Medizinalpersonen abzuschliessen.

2. Bedeutung der geltenden Verträge

Seit Inkrafttreten des FZA am 1. Juni 2002 wurden bis Ende 2008 in der Schweiz rund 11 000 Medizinalberufe-Diplome aus dem EU/EFTA-Raum als mit einem schweizerischen Diplom gleichwertig gemäss Art. 15 Abs. 1 MedBG anerkannt.¹² Davon entfielen rund $\frac{3}{4}$ auf Diplome der Humanmedizin. Bezüglich Ausstellungsland der als gleichwertig anerkannten Diplome steht – kaum überraschend – Deutschland deutlich an der Spitze. Knapp $\frac{2}{3}$ aller Diplome wurden in Deutschland erworben, gefolgt von den schweizerischen Nachbarstaaten Frankreich (rund 12%), Italien (rund 11%) und Österreich

¹⁰ So ausdrücklich auch BGE 130 I 26, 37 E. 3.3.3.1.

¹¹ Antwort des Bundesrates vom 3. September 2008 auf die Interpellation «Ausverkauf des eidgenössischen Arztdiploms?» (08.3246) von FELIX GUTZWILLER vom 26. Mai 2008, Rz. 2.

¹² Siehe für diese statistischen Zahlen des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) <http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/00406/00550/index.html?lang=de>.

(rund 4%). In der gleichen Zeitspanne wurden knapp 5000 Weiterbildungstitel aus dem EU/EFTA-Raum als mit einem schweizerischen Titel gleichwertig gemäss Art. 21 Abs. 1 MedBG anerkannt.

- 9 Diese statistischen Zahlen belegen die Relevanz und Attraktivität der automatischen Anerkennung von Diplomen und Weiterbildungstiteln in der Schweiz. Gleichzeitig darf aus der Zahl der Anerkennungen nicht unbesehen auf die Anzahl der **tatsächlich in die Schweiz immigrierten universitären Medizinalpersonen** und der damit verbundenen Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit geschlossen werden. Dafür fehlen in der Schweiz zuverlässige Statistiken. Gleichwohl besteht die Vermutung, dass die meisten der tatsächlich beantragten Anerkennungen in irgendeiner Form auch in Anspruch genommen werden (für die selbständige Berufsausübung oder für die Zulassung zu einer Facharztprüfung). Ansonsten wird der Aufwand, der notwendig ist, um ein Gesuch um Anerkennung eines Aus- oder Weiterbildungstitels einzureichen, wohl kaum in Kauf genommen.¹³
- 10 Mit den geltenden Verträgen erreicht die Schweiz im Bereich der universitären Medizinalberufe die **Anbindung an das Gemeinschaftsrecht**, das in Ausführung von Art. 47 EGV eine Vielzahl von Richtlinien kennt, um die Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit von Medizinalpersonen zu erleichtern.¹⁴ Die Schweiz profitiert von der beruflichen Mobilität von Medizinalpersonen und einem flexibilisierten Arbeitsmarkt, was letztlich die **Wettbewerbsfähigkeit** steigert und den Wirtschaftsstandort Schweiz stärkt.¹⁵ Ebenso macht ein System staatsvertraglicher Gleichwertigkeitsanerkennungen aus Erwägungen der **Praktikabilität** Sinn. Es erfordert eine generelle Einschätzung der Gleichwertigkeit der erfassten Diplome und Titel im Zeitpunkt der staatsvertraglichen Übereinkunft (bzw. im Zeitpunkt allfälliger späterer Anpassungen). Danach erlaubt ein solches Régime, auf eine aufwendige Prüfung jedes Einzelfalles zu verzichten; die Mebeko stellt in einem konkreten Anwendungsfall einzig darauf ab, ob der vorgelegte Titel der in der entsprechenden EG-Richtlinie bzw. in der EFTA-Konvention enthaltenen Bezeichnung entspricht und von der zuständigen Behörde ausgestellt wurde. Schliesslich wird mit diesen Gleichwertigkeitsvereinbarungen – zumindest

¹³ So beträgt alleine die Gebühr für die Bearbeitung eines Antrags auf Diplomanerkennung SFr. 680.–; siehe dazu die Wegleitung auf <http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/00406/00549/index.html?lang=de>.

¹⁴ Siehe für eine Übersicht über die einschlägigen Erlasse SCHLAG, Rz. 29 zu Art. 47 EGV.

¹⁵ Ebenso POLEDNA/BERGER, Rz. 45.

für universitäre Medizinalpersonen aus Europa – die vormalig verfassungsrechtlich problematische Einschränkung der **Wirtschaftsfreiheit** gemäss Art. 27 BV geheilt. Das Bundesgericht lehnte es wiederholt ab, Inhaber ausländischer Aus- und Weiterbildungstitel zur selbständigen Berufsausübung zuzulassen, auch wenn ihre Ausbildung nachweislich gleichwertig oder gar besser als die schweizerische war. Diese restriktive Praxis wurde primär mit Erwägungen der Praktikabilität begründet: «Der Inhaber eines ausländischen Diploms [hat] auch keinen Anspruch auf Zulassung, wenn er im Einzelfall die Gleichwertigkeit seines Diploms nachweist. Denn die Überprüfung dieser Gleichwertigkeit ist für die schweizerischen Behörden nicht einfach, und gerade deshalb ist die Beschränkung auf Inhaber des schweizerischen Fähigkeitsausweises zulässig.»¹⁶ Diese Praxis stiess in der Lehre auf berechtigte Kritik.¹⁷ Sie gewichtete das Argument der Praktikabilität im Verhältnis zur Wirtschaftsfreiheit und zur staatlichen Wettbewerbsneutralität zu hoch und vernachlässigte den spezifisch grundrechtlichen Gehalt des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden. Kurzum: Sie war nicht verhältnismässig.

Die Gleichwertigkeitsanerkennungen gemäss FZA und EFTA-Konvention befriedigen – *vice versa* – das Bedürfnis nach erleichtertem **Marktzugang schweizerischer universitärer Medizinalpersonen** im europäischen Raum. Diese Verträge beruhen auf dem in der Aussenwirtschaftspolitik traditionell bedeutsamen Prinzip der Reziprozität: *do ut des*.¹⁸ Schweizerische Medizinalpersonen haben ein grosses Interesse an einer automatischen Anerkennung ihrer Aus- und Weiterbildungstitel, die sie in der Schweiz erworben haben. Dieses «Gegenrecht» ist mit dem FZA und der EFTA-Konvention verwirklicht.¹⁹ Gleichzeitig fällt das Fehlen von Gleichwertigkeitsanerkennungen mit anderen Ländern ins Licht; dies gilt – wie bereits erwähnt – insbesondere für die qualitativ hoch stehende Medizinalausbildung in den Vereinigten Staaten und Australien.²⁰ In diesen Ländern werden schweizerische Diplome und Weiterbildungstitel nicht *eo ipso* anerkannt. Das Bedürfnis, entsprechende

¹⁶ BGE 125 I 267, 269 f. E. 2c; ähnlich Urteil des BGer. 2P.33/2001 vom 20. Mai 2001, E. 2b/bb; Urteil des BGer. vom 4. Juli 1997, E. 2b = pra 87 (1998) Nr. 3.

¹⁷ So etwa HANGARTNER, S. 102; OESCH, S. 183; POLEDNA, S. 391; POLEDNA/BERGER, Rz. 78 f.; VALLENDER, Rz. 40 f.

¹⁸ Siehe zur Reziprozität als aussenwirtschaftspolitischen Leitmotiv COTTIER/OESCH, S. 367 f.

¹⁹ Vgl. auch BERTHOUD, S. 249.

²⁰ Siehe oben Rz. 7.

Verträge auszuhandeln, zeigt sich mit Blick auf die im Ausland berufstätigen Humanmediziner, die über ein schweizerisches Arztdiplom verfügen und FMH-Mitglieder sind: Im November 2008 waren gemäss der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) knapp die Hälfte aller 240 Ärzte, die seit 2003 im Ausland arbeiteten und dies der FMH mitteilten, im EU/EFTA-Raum tätig; rund $\frac{1}{3}$ arbeitete in Nordamerika und rund $\frac{1}{8}$ im Pazifik (d.h. in Australien).²¹

3. Probleme in der Praxis

12 Die Anerkennung von Aus- und Weiterbildungstiteln aus dem europäischen Ausland gestützt auf das FZA funktioniert in der Praxis soweit ersichtlich gut.²² Vereinzelt wurden das Bundesverwaltungs- und das Bundesgericht angerufen, um behördliche Verfügungen zu überprüfen und **umstrittene Fragen** zu klären.

- Das Bundesgericht entschied etwa im Jahr 2006, dass das FZA keinen Anspruch darauf einräumt, ein algerisches Arztdiplom, welches in Frankreich bloss für Studienzwecke anerkannt worden ist, in der Schweiz gestützt auf Art. 15 Abs. 1 MedBG anzuerkennen («**Anerkennung der Anerkennung**»)²³. Das Bundesgericht untersuchte dazu die einschlägige Richtlinie 93/16/EWG (inkl. Änderungen, welche der Gemischte Ausschuss EG-Schweiz am 30. April 2004 in den Anhang III des FZA inkorporierte).²⁴ Diese Richtlinie schreibt den Mitgliedstaaten unter anderem vor, Aus- und Weiterbildungstitel, die ausserhalb der Europäischen Union erworben wurden, zu prüfen, sofern diese Titel bereits in einem EU-Mitgliedstaat anerkannt worden sind. Der vom Beschwerdeführer vorgelegte Titel, ein in Algerien erworbenes Doktor-

²¹ FMH-Statistik vom 18. November 2008. Dabei wurde mangels entsprechender Angaben nicht unterschieden, ob ein gemeldeter Arzt selbständig oder unselbständig erwerbstätig ist. Des Weiteren ist durchaus möglich, dass schweizerische Ärzte auch ohne FMH-Mitgliedschaft bzw. ohne Mitteilung ihres neuen Arbeitsortes im Ausland tätig sind. Genaue Zahlen dazu sind nicht verfügbar.

²² Antwort des Bundesrates vom 14. Mai 2008 auf die Interpellation «Übernahme der EG-Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen» (08.3143) von Urs Schwaller vom 19. März 2008, Rz. 3; ebenso, für die jeweiligen Berichtsperioden 2003 und 2004/2005 Ciceron Bühler et al., S. 343; Felder et al., S. 433.

²³ BGE 132 II 135 = Pra 96 (2007) Nr. 16.

²⁴ Siehe für diese Änderungen AS 2004 4203; unten Rz. 16.

diplom der Medizin, wurde in Frankreich zwar anerkannt, aber nur zu Studienzwecken (mit «rein akademischer Tragweite»), und nicht als Berufsausübungsbewilligung. Aus diesem Grund erfolgte die Nichtanerkennung des algerischen Arztdiploms in der Schweiz gemäss Bundesgericht zu Recht.

- Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte im Jahr 2007 die Nichtanerkennung eines Arztdiploms, das 1985 in Polen erworben war – also **vor der EU-Mitgliedschaft Polens** (1. Mai 2004) und der Ausdehnung des FZA auf die zehn neuen Mitgliedstaaten Osteuropas (1. April 2006) –, mit der Begründung, dass die dafür relevanten Voraussetzungen der Richtlinie 93/16/EWG (Eintrag des «altrechtlichen» polnischen Arztdiploms im Anhang A der Richtlinie sowie mindestens dreijährige ununterbrochene ärztliche Tätigkeit während der letzten fünf Jahre) *in casu* nicht erfüllt waren.²⁵ Das Bundesverwaltungsgericht verneinte insbesondere die Relevanz eines Dokuments der Kommission, in dem vorgeschlagen wird, auf den Nachweis einer praktischen Tätigkeit zu verzichten, wenn die Vermutung der Nichterfüllung der Mindestanforderungen an die Ausbildung im Einzelfall widerlegt wird: «Dieses Dokument, das laut ausdrücklichem Hinweis keinerlei rechtlichen Wert haben und keine Rechte gewähren soll, ist für Schweizer Behörden in keiner Weise verbindlich.»²⁶

Ein «Folgeproblem» der Anerkennung eines ausländischen Diploms oder Weiterbildungstitels und der anschliessenden Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung durch eine kantonale Behörde betrifft die **interkantonale Freizügigkeit**. Zwar stipuliert Art. 4 Abs. 1 BGBM unmissverständlich, dass «kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (...) auf dem gesamten Gebiet der Schweiz» gelten. Folglich würde ein ausländischer Aus- oder Weiterbildungstitel, der von einem Kanton als gleichwertig mit dem schweizerischen Pendant anerkannt wird, zur Berufsausübung in der ganzen Schweiz berechtigen. Gleichwohl hat das Bundesgericht entschieden, dass der Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 1 BGBM mit Blick auf dessen Entstehungsgeschichte auf schweizerische Fähigkeitsausweise beschränkt ist.²⁷ Diese mit dem Wortlaut der Bestimmung nicht vereinbare

²⁵ Urteil des BVGer. C-89/2007 vom 2. Juli 2007.

²⁶ Ibid., E. 3.4.2.

²⁷ BGE 125 I 267, 271 ff. E. 3.

restriktive Auslegung stiess in der Lehre auf berechtigte Kritik.²⁸ Praktisch hat diese Einschränkung für universitäre Medizinalpersonen aus Europa aufgrund des FZA und der darin vorgesehenen automatischen Anerkennung von Aus- und Weiterbildungstiteln allerdings keine Bedeutung mehr.²⁹ Zudem ist seit Inkrafttreten des MedBG ausschliesslich die Mebeko für die Anerkennung ausländischer Diplome und Weiterbildungstitel im Bereich der universitären Medizinalberufe zuständig (während dieses «Folgeproblem» für Titel im Bereich der nichtuniversitären Medizinalberufe durchaus weiter besteht).

4. Rechtsfortbildung

- 14 Das FZA ist ein sog. «**statisches**» **Abkommen**. Anhang III widerspiegelt grundsätzlich den Stand des gemeinschaftlichen Rechtsbestands, wie er sich im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, also am 21. Juni 1999, präsentierte. In der Zwischenzeit hat die EG im Bereich der Diplomanerkennung aber diverse Änderungen vorgenommen.³⁰ Richtlinien, auf die im Anhang III FZA verwiesen wird, wurden geändert und an neue Rahmenbedingungen angepasst. Darüber hinaus wurde mit der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen vom 7. September 2005 das System der gegenseitigen Diplomanerkennung zwischen den Mitgliedstaaten auf eine neue Grundlage gestellt. Diese Richtlinie übernimmt materiell zwar im Wesentlichen das bisher geltende Recht, vereinigt formell aber die bis anhin geltenden 15 Richtlinien (drei allgemeine, zwölf sektorische Richtlinien) im Bereich der Diplomanerkennung in einem einzigen Rechtsakt und stimmt die verschiedenen beruflichen Sektoren besser aufeinander ab.³¹
- 15 Es ist offenkundig, dass sich die Schweiz der Anpassung des FZA an geändertes Gemeinschaftsrecht kaum widersetzen kann, um das gute und möglichst reibungslose Funktionieren des FZA im Bereich der Diplomanerkennung nicht zu gefährden. Gleichwohl enthält das FZA – seines statischen Charakters entsprechend – **keinen Mechanismus für eine automatische Anpassung an geändertes Gemeinschaftsrecht**, das kraft ausdrücklicher Verweisung (etwa im Anhang III) verbindlicher Teil des Abkommens darstellt. Jede

²⁸ POLEDNA, S. 391 f.; POLEDNA/BERGER, Rz. 81 f.; ferner SPOERRI, Rz. 180; ZWALD, Rz. 86, mit Verweis auf die Praxis kantonaler Gerichte.

²⁹ ZWALD, Rz. 86; vgl. nun auch Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM, seit 1. Juli 2006 in Kraft.

³⁰ Dasselbe gilt *vice versa* auch für das schweizerische Recht.

³¹ Siehe zur Richtlinie 2005/36/EG BERTHOUD, S. 269 ff.

Änderung des gemeinschaftsrechtlichen *aquis communautaire* muss von den Vertragsparteien ausdrücklich akzeptiert werden, damit diese Änderung kraft staatsvertraglicher Abmachung auch im bilateralen Verhältnis Wirkung entfaltet.³² Immerhin enthält Art. 18 FZA eine Sonderregelung für Änderungen der Anhänge II und III FZA, welche nicht den «üblichen» innerstaatlichen Ratifizierungsprozess durchlaufen müssen, sondern vom **Gemischten Ausschuss** beschlossen werden und sofort nach dessen Beschluss in Kraft treten können.³³ Innerstaatlich erteilt der Bundesrat, der kraft Art. 24 Abs. 2 ParlG dafür zuständig ist, den schweizerischen Vertretern im Gemischten Ausschuss verbindliche Instruktionen.³⁴

Der Gemischte Ausschuss hat im Jahr 2004 eine erste **Aufdatierung des Anhangs III** beschlossen und Aktualisierungen der Anerkennung von Diplomen im Bereich der universitären Medizinalausbildung und Facharzttitle übernommen.³⁵ Zurzeit wird über die **Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen** vom 7. September 2005 verhandelt.³⁶ Es ist absehbar, dass die Schweiz diese Richtlinie akzeptieren wird. Die EG wird kaum zulassen, dass das durch diese Richtlinie aufgehobene Gemeinschaftsrecht weiterhin und exklusiv im bilateralen Verhältnis mit der Schweiz rechtliche Verbindlichkeit beansprucht.³⁷ Auch brächte eine Nichtübernahme beträchtliche praktische Probleme, da die Mitgliedstaaten mittlerweile die neue Richtlinie 2005/36/EG in das nationale Recht umgesetzt haben und das altrechtliche System nicht mehr implementiert ist. Letztlich führt das bilaterale System der gegenseitigen Titelerkennung unter dem FZA zu einer **quasi-automatischen Übernahme** neuen Gemeinschaftsrechts,

³² Dasselbe gilt für Leitentscheide des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) über die Auslegung und Anwendung von EG-Rechtsakten. Art. 16 Abs. 2 FZA erklärt die einschlägige Rechtsprechung des EuGH bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, also bis 21. Juni 1999, für verbindlich.

³³ Siehe dazu JAAG/ZIHLMANN, Rz. 48 f.

³⁴ Wobei der Bundesrat diese Kompetenz an ein Departement oder ein Bundesamt delegieren kann, vgl. Art. 48a RVOG.

³⁵ Beschluss 1/2004 des Gemischten Ausschusses EG-Schweiz zur Änderung des Anhangs III vom 30. April 2004, AS 2004 4203; siehe dazu Felder et al., S. 433; JAAG/ZIHLMANN, Rz. 48.

³⁶ Vgl. dazu Antwort des Bundesrates vom 14. Mai 2008 auf die Interpellation «Übernahme der EG-Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen» (08.3143) von URS SCHWALLER vom 19. März 2008, Rz. 1.

³⁷ BERTHOUD, S. 272.

ohne dass die Schweiz bei der Rechtsetzung über ein formelles Mitsprache- und Entscheidungsrecht verfügt.

C. *Ad-hoc-Prüfung*

- 17 Für universitäre Medizinalpersonen mit einem Diplom oder Weiterbildungstitel, dessen **Gleichwertigkeit staatsvertraglich nicht anerkannt** ist, besteht grundsätzlich kein Zugang zum schweizerischen Markt in selbständiger Erwerbstätigkeit. Diesfalls entscheidet die Mebeko gemäss Art. 15 Abs. 4 und Art. 21 Abs. 4 MedBG, unter welchen Voraussetzungen das eidgenössische Diplom oder der eidgenössische Weiterbildungstitel erworben werden kann. Es findet eine *Ad-hoc*-Prüfung statt.

1. Diplome aus Nichteuropa

- 18 Die Mebeko hat seit dem Inkrafttreten des MedBG, d.h. seit 1. September 2007, in Anwendung von **Art. 15 Abs. 4 MedBG** in einer reichhaltigen Praxis die Kriterien entwickelt, die erfüllt sein müssen, damit ein Inhaber eines **ausländischen Arztdiploms** das eidgenössische Diplom auch ohne staatsvertragliche Gleichwertigkeitsanerkennung prüfungsfrei erwerben kann.³⁸ Danach sind kumulativ drei Kriterien relevant:³⁹
- Der Gesuchsteller muss **mindestens fünf Jahre** im schweizerischen Gesundheitssystem beruflich tätig sein.
 - Er muss in der Schweiz die **Weiterbildung** gemacht und beendet haben. Damit ist indirekt auch sein Vorwissen, das für eine Weiterbildung nötig ist, erwiesen.
 - Er muss in der Regel seine Weiterbildung mit einer **Facharztprüfung** abgeschlossen haben. Da es Facharztprüfungen aber erst seit wenigen Jahren gibt, hat man für jene Gesuchsteller, die ihre Weiterbildung schon vor dieser Zeit gemacht haben, die Ausnahme statuiert, dass sie eine **kontinuierliche Fortbildung** nachweisen müssen.

³⁸ Art. 15 Abs. 4 MedBG enthält keine materiellen Vorgaben und überlässt es – rechtsstaatlich problematisch – der Mebeko, eine entsprechende Praxis zu begründen. Auch die Botschaft hilft nicht weiter (vgl. Botschaft, S. 214).

³⁹ Antwort des Bundesrates vom 3. September 2008 auf die Interpellation «Ausverkauf des eidgenössischen Arztdiploms?» (08.3246) von FELIX GUTZWILLER vom 26. Mai 2008, Rz. 1.

Die Mebeko entscheidet **einzelfallweise**, ob diese Voraussetzungen angesichts der erbrachten Unterlagen des Gesuchstellers erfüllt sind und ein eidgenössisches Diplom ausnahmsweise ohne eidgenössische Prüfung erteilt werden kann. Zwischen 1. September 2007 und 30. Juni 2008 hat die Mebeko 89 Entscheide gefällt.⁴⁰ 57 Personen wurden verpflichtet, sich einer eidgenössischen Prüfung zu unterziehen. 32 Personen erhielten das eidgenössische Diplom prüfungsfrei, da sie die oben genannten Voraussetzungen erfüllten.

Diese Praxis der Mebeko wird unterschiedlich beurteilt. Auf der einen Seite liegt eine tendenziell **grosszügige Anerkennung** von Arztdiplomen auch ohne staatsvertragliche Gleichwertigkeitsanerkennung durchaus im **Interesse der Schweiz**, wenn die fachliche Befähigung des Gesuchstellers nachgewiesen ist. Dies gilt insbesondere für Medizinalpersonen, die ihre Ausbildung in Ländern absolviert haben, welche über ein qualitativ hoch stehendes Gesundheitswesen und ausgezeichnete universitäre und praktische Ausbildungslehrgänge verfügen. Dies trifft – wie erwähnt – etwa auf die Vereinigten Staaten, Kanada und Australien zu.⁴¹ Gleichzeitig wird mit der Praxis der Mebeko sichergestellt, dass die vormals verfassungsrechtlich problematische Einschränkung der **Wirtschaftsfreiheit** gemäss Art. 27 BV zumindest für gewisse Konstellationen geheilt wird.⁴² Bis zum Inkrafttreten des MedBG waren Inhaber eines ausländischen Diploms ganz allgemein von der selbständigen Berufsausübung ausgeschlossen, selbst wenn ihre Ausbildung gleichwertig oder gar besser war als die eidgenössische. Die von der Mebeko durchgeführte Prüfung gestützt auf Einzeldossiers erlaubt nun immerhin in denjenigen Fällen, in denen ein Gesuchsteller bereits im schweizerischen Gesundheitssystem gearbeitet hat, dass die Umstände des konkreten Falls beurteilt und gewürdigt werden. Die Interessen des Betroffenen fliessen diesfalls angemessen in die Verhältnismässigkeitsprüfung ein.⁴³

Auf der anderen Seite wird kritisiert, dass die Praxis der Mebeko **allzu grosszügig** sei. Diese Meinung vertritt etwa SR Felix Gutzwiller in einer am 26. Mai 2008 eingereichten parlamentarischen Interpellation mit dem Titel «Ausverkauf des eidgenössischen Arztdiploms?»⁴⁴ Er argumentiert, dass die

⁴⁰ Ibid., Rz. 1.

⁴¹ Siehe oben Rz. 7.

⁴² Siehe oben Rz. 10.

⁴³ Siehe zum Begriff und zur Funktion des Verhältnismässigkeitsprinzips OESCH, S. 191 ff.

⁴⁴ Antwort des Bundesrates vom 3. September 2008 auf die Interpellation «Ausverkauf des eidgenössischen Arztdiploms?» (08.3246) von FELIX GUTZWILLER vom 26. Mai 2008.

Praxis der Mebeko «zum Erwerb eines ‹billigen› Arztdiploms im Ausland» einlade, und fragt den Bundesrat, welche gesundheitspolitischen Ziele «mit dieser einseitig grosszügigen Praxis» verfolgt würden. Er konstatiert, dass es «kein vergleichbares Land [gäbe], in dem ein eidgenössisch diplomierter Arzt dieselbe Vorzugsbehandlung erhält». Der Bundesrat verteidigt in seiner Antwort vom 3. September 2008 das Vorgehen der Mebeko: «Die hier beschriebene Praxis erscheint somit nicht als besonders grosszügig, sondern gerade im Bezug auf Art. 1 MedBG als qualitätssichernd im Sinne von lebenslangem Lernen und entspricht so den gesundheitspolitischen Zielen des MedBG.»⁴⁵ Weiter weist der Bundesrat das Argument zurück, wonach das Fehlen von staatsvertraglichen Gleichwertigkeitsanerkennungen Grund genug für eine restriktivere Anerkennungspraxis in der Schweiz darstellen würde. Vielmehr seien «das Interesse der Qualität der Ausbildung und der Verhältnisse im schweizerischen Versorgungssystem im Auge» zu behalten.⁴⁶ Sodann bekräftigt der Bundesrat das Ziel, mit weiteren Staaten Gleichwertigkeitsanerkennungen abzuschliessen. Er erwähnt dabei namentlich die Vereinigten Staaten und Kanada.⁴⁷

- 22 Im Nachgang zu dieser Interpellation hat die Mebeko offenbar entschieden, der Kritik an einer – scheinbar – allzu grosszügigen Praxis entgegenzukommen und für die Anerkennung eines ausländischen Diploms **zukünftig strengere Voraussetzungen** vorzusehen.⁴⁸ Neu soll – ab 2010 – kein gänzlich prüfungsfreier Erwerb des eidgenössischen Diploms für Inhaber ausländischer Diplome, für die keine staatsvertragliche Gleichwertigkeitsanerkennung besteht, mehr möglich sein. Vielmehr soll in solchen Fällen grundsätzlich ohne Ausnahme eine spezielle (vereinfachte) Prüfung zu absolvieren sein.

⁴⁵ Ibid., Rz. 1.

⁴⁶ Ibid., Rz. 2.

⁴⁷ Ibid., Rz. 2.

⁴⁸ Vgl. dazu eine Änderung der FMH-Weiterbildungsordnung (WBO) von Ende 2008: Neu wird gemäss Art. 23 zur Facharztprüfung «nur zugelassen, wer über ein eidgenössisches oder anerkanntes ausländisches Arztdiplom verfügt». Diese Änderung tritt voraussichtlich im Frühling 2009 in Kraft. Die Mebeko wird sich an dieser neuen Bestimmung orientieren und von Inhabern eines ausländischen Diploms ohne Gleichwertigkeitsanerkennung grundsätzlich verlangen, eine spezielle (vereinfachte) Prüfung zu absolvieren.

2. Weiterbildungstitel aus Nichteuropa

Parallel zur Anerkennung ausländischer Diplome hat die Mebeko in Anwendung von **Art. 21 Abs. 4 MedBG** eine Praxis zur Anerkennung **ausländischer Weiterbildungstitel**, deren Gleichwertigkeit staatsvertraglich nicht anerkannt ist, entwickelt.⁴⁹ Dabei hat die Mebeko entschieden, keine Einzelfallbeurteilungen vorzunehmen, sondern generell auf die FMH-Weiterbildungsordnung (WBO) abzustellen. Einschlägig ist dabei Art. 33 WBO («Anerkennung ausländischer Weiterbildung»). Art. 33 Abs. 1 WBO bestimmt, dass die Tätigkeit an gleichwertigen **Weiterbildungsstätten im Ausland** als Anteil an der reglementarischen Weiterbildung anerkannt werden kann, wenn eine Bestätigung der zuständigen Behörde des betreffenden Landes vorliegt, wonach die absolvierte Weiterbildung dort für den entsprechenden Facharzttitel angerechnet wird. Art. 33 Abs. 2 WBO verlangt sodann, dass mindestens zwei Jahre der fachspezifischen Weiterbildung in der Regel an anerkannten **Weiterbildungsstätten in der Schweiz** absolviert werden müssen. Ausgenommen davon sind unter anderem Tropen- und Reisemedizin sowie Fachgebiete, welche weniger als vier Jahre fachspezifische Weiterbildung erfordern. Ebenso ist gemäss Art. 33 Abs. 3 WBO eine mindestens zweijährige Weiterbildung in der Schweiz nicht erforderlich, wenn bei einem in der EG-Richtlinie nicht aufgeführten, aber gleichwertigen Facharzttitel eine Bestätigung der zuständigen ausländischen Behörde über die Möglichkeit der gegenseitigen Anerkennung nachgewiesen wird. Gemäss Art. 33 Abs. 4 WBO darf schliesslich die Weiterbildung zu einem Schwerpunkt vollständig im Ausland absolviert werden.⁵⁰

Dieses System funktioniert in der Praxis soweit ersichtlich gut. Im Verlauf der letzten Jahre wurde die Möglichkeit zur Anerkennung von ausländischen

⁴⁹ Art. 21 Abs. 4 MedBG enthält – wie Art. 15 Abs. 4 MedBG – keine materiellen Vorgaben und überlässt es vollständig der Mebeko, eine entsprechende Praxis zu begründen. Die Botschaft, S. 217, weist einzig darauf hin, dass die Mebeko dabei «nicht nur auf weitgehende Freizügigkeit, sondern auch auf die Befähigung zur selbständigen Berufsausübung achten» soll.

⁵⁰ Ende 2008 wurde Art. 33 WBO sodann noch wie folgt ergänzt: «Inhaber eines gleichwertigen ausländischen Facharzttitels können sich ihre leitende Tätigkeit an einer anerkannten universitären Weiterbildungsstätte an die geforderte Weiterbildung in der Schweiz anrechnen lassen. Die Titelkommission kann in diesen Fällen auch eine gleichwertige ausländische Facharztprüfung anerkennen.» Diese Änderung tritt voraussichtlich im Frühling 2009 in Kraft.

Weigerungsbefugnisse und von Tätigkeiten an Weiterbildungsstätten im Ausland laufend erweitert, was im Licht der **Wirtschaftsfreiheit** gemäss Art. 27 BV zu begrüssen ist. Letztlich wird ein gewisser Schematismus aus Gründen der **Praktikabilität** nicht zu vermeiden sein.⁵¹ Eine schematische Behandlung ausländischer Weiterbildungstitel mag sich unter Umständen auch mit Blick auf **Art. 36 Abs. 3 MedBG** aufdrängen, wonach ausnahmsweise auch Personen mit Diplomen oder Weiterbildungstiteln, deren Gleichwertigkeit staatsvertraglich nicht anerkannt ist, ihren Beruf selbständig ausüben können, wenn der Titel mit einem eidgenössischen gleichwertig ist, sofern es sich a) um Lehrpersonen in einem akkreditierten Studien- oder Weiterbildungslehrgang handelt, oder b) um ein Gebiet mit nachgewiesener medizinischer Unterversorgung.⁵² Das Verhältnis von Art. 21 Abs. 4 MedBG zu Art. 36 Abs. 3 MedBG ist nicht geklärt. Die Tatsache, dass Art. 36 Abs. 3 MedBG zusätzlich zur Anerkennung eines Titels kumulativ eine weitere Voraussetzung verlangt (Lehrperson oder Gebiet mit Unterversorgung), kann eigentlich nur bedeuten, dass mit der Titelanerkennung gemäss Art. 21 Abs. 4 MedBG nicht eine sorgfältige Einzelfallprüfung gemeint sein kann. Es bleibt abzuwarten, wie die Mebeko vor allem Art. 36 Abs. 3 MedBG zukünftig auslegen und anwenden wird.

D. Inländerdiskriminierung

- 25 Das geltende Régime der Zulassung zur selbständigen Erwerbstätigkeit – eidgenössische Aus- und/oder Weiterbildung bzw. Anerkennung ausländischer Aus- und/oder Weiterbildung grundsätzlich gestützt auf Gleichwertigkeitsanerkennung – führt in vereinzelt Fällen zu einer «lästigen» **Inländerdiskriminierung** (discrimination à rebours).⁵³ Diesfalls gelten für den Erwerb eines

⁵¹ Siehe zur problematischen Nichtanerkennung von ausländischen Diplomen allein aus Praktikabilitätsüberlegungen oben Rz. 10.

⁵² Die Botschaft, S. 227, stellt klar, dass eine solche Bewilligung in beiden Fällen zeitlich beschränkte Wirkung hat; siehe zu Art. 36 Abs. 3 MedBG auch BRUNNSCHWEILER, S. 72 f.

⁵³ De facto sind davon vorwiegend schweizerische Medizinalpersonen betroffen, die ihre Ausbildung in der Schweiz absolvieren. Aus diesem Grund hat sich für solche Konstellationen der Terminus «Inländerdiskriminierung» eingebürgert. EPINEY, S. 19 ff., gibt demgegenüber dem Begriff der «umgekehrten Diskriminierung» (discrimination à rebours) im Allgemeinen den Vorzug, weil die negativen Auswirkungen nicht nur eigene Staatsangehörige treffen können, sondern auch ausländische (die ihre Aus- oder Weiterbildung in der Schweiz absolviert haben).

schweizerischen Aus- oder Weiterbildungstitels strengere Voraussetzungen als für den Erwerb eines ausländischen Titels, dessen Gleichwertigkeit staatsvertraglich anerkannt ist.⁵⁴ Die zwei folgenden Beispiele illustrieren solcherart existierende Ungleichbehandlungen zuungunsten von einheimischen Medizinalpersonen:

- In der Schweiz wird die Weiterbildung **Psychiatrie/Psychotherapie** integriert angeboten und geprüft. Der schliesslich erworbene Facharzt-titel besteht aus beiden verwandten Fachrichtungen (Doppeltitel). In EG-Mitgliedstaaten werden demgegenüber Weiterbildungen auch «nur» zum Facharzt Psychiatrie oder zum Facharzt Psychotherapie angeboten. Gemäss Anhang III FZA gilt ein solcher Weiterbildungstitel in der Schweiz sodann aber automatisch als mit dem eidgenössischen Facharzt-titel Psychiatrie/Psychotherapie gleichwertig.
- Während die Ausbildung zum Facharzt-titel **Gynäkologie und Geburtshilfe** in der Schweiz mindestens 5 Jahre dauert, beträgt die Mindestdauer für den inhaltlich analogen Titel Frauenheilkunde und Geburtshilfe in der EG «nur» 4 Jahre.

Das FZA verleiht schweizerischen Staatsangehörigen, die ihre Aus- und Weiterbildung in der Schweiz absolviert haben, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, im Vergleich zu EG-Staatsangehörigen nicht diskriminiert zu werden. Das FZA findet ohne grenzüberschreitenden Anknüpfungspunkt keine Anwendung. Das Bundesgericht hat diese **Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs des FZA** mehrfach und zu Recht bestätigt.⁵⁵ Das FZA bezweckt, Beschränkungen der beruflichen Mobilität zwischen den Vertragsparteien abzubauen, und stipuliert in Art. 2 FZA das zentrale Prinzip, wonach Staatsangehörige einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung des Vertrages nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden dürfen. Das FZA hat aber nicht zum Ziel, rein nationale Vorschriften über die private Wirtschaftstätigkeit zu disziplinieren und – sofern unsachgemäss oder unzumutbar – zu verbieten.

Konstellationen, in denen einheimische Medizinalpersonen im Vergleich zu ausländischen diskriminiert werden, sind **verfassungsrechtlich problema-**

⁵⁴ Siehe dazu auch POLEDNA/BERGER, Rz. 90; SPOERRI, Rz. 217 ff.

⁵⁵ Siehe etwa Urteil des BGer. 2P.305/2002 vom 27. November 2003, E. 1.2.3.; BGE 129 II 249, 258 ff. E. 4 (zum Familiennachzug); HÄNNI, S. 326; SPOERRI, Rz. 219.

tisch.⁵⁶ Zwar hat das Bundesgericht apodiktisch festgehalten: «Wenn [das FZA] in gewissen Bereichen dazu führt, dass Personen im Ausland besser gestellt sind als solche im Inland, liegt hierin (...) für sich allein noch keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung.»⁵⁷ Gleichwohl verpflichtet der **allgemeine Gleichheitssatz gemäss Art. 8 Abs. 1 BV** alle staatlichen Behörden, allfällige Ungleichbehandlungen von Personen, die sich in vergleichbaren Verhältnissen befinden, zu eliminieren bzw. sachlich angemessen zu begründen.⁵⁸ In der Tat bestehen in der Schweiz Bestrebungen, Ungleichbehandlungen von inländischen Medizinalpersonen im Vergleich zu Medizinalpersonen aus dem EU-Raum, wo Aus- und Weiterbildungstitel unter Umständen «einfacher» erworben werden können, zu beseitigen. Dies trifft etwa für die notwendige Mindestdauer der Ausbildung zur Erlangung von Facharzttiteln zu; im Bundesamt für Gesundheit (BAG) und den entsprechenden Fachgremien laufen entsprechende Abklärungen. Letztlich wird es aber kaum gelingen, Konstellationen von Inländerdiskriminierungen gänzlich zu eliminieren; dies gilt insbesondere für Vorschriften, welche *de iure* für einheimische und ausländische Aus- und Weiterbildungen gleichermassen gelten, *de facto* im Inland aber zu einem strengeren Régime führen. In solchen Fällen stellen Inländerdiskriminierungen wohl eine zu akzeptierende Folgeerscheinung von notwendigerweise schematisch ausgestalteten Gleichwertigkeitsverträgen dar und lassen sich mit Verweis auf die **politische Zweckmässigkeit** rechtfertigen.⁵⁹ Des Weiteren setzt das öffentliche Interesse an einer qualitativ hoch stehenden Aus- und Weiterbildung einer unbesehenen Anpassung schweizerischer Vorschriften an diejenigen des EG-Rechts Schranken. So stellt sich bei jeder festgestellten Diskrepanz zwischen einheimischen und staatsvertraglich stipulierten Marktzutrittsvoraussetzungen die heikle Frage nach einem ausgewogenen Ausgleich zwischen der Vermeidung allfälliger Inländerdiskriminierungen und der angemessenen Qualitätssicherung im Gesundheitswesen. Die Angleichung schweizerischer Standards – allein unter dem Titel der Eliminierung von In-

⁵⁶ Die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Inländerdiskriminierungen ist in der Schweiz kaum aufgearbeitet; siehe für das deutsche Recht etwa EPINEY, S. 343 ff.; SCHILLING, S. 10 ff.

⁵⁷ BGE 130 I 26, 55 E. 6.3.3.4.; vgl. nun aber auch Art. 4 Abs. 3^{bis} und 6 Abs. 1 BGBM, dazu ZWALD, Rz. 91 ff., 136 ff.

⁵⁸ Siehe zu den traditionellen Prüfschemata für die Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung etwa KIENER/KÄLIN, S. 349 ff.; OESCH, S. 29 ff.

⁵⁹ Siehe zur politischen Zweckmässigkeit (im Sinn von öffentlichen Interessen gemäss Art. 36 Abs. 2 BV) als Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen OESCH, S. 221 ff.

länderdiskriminierungen – soll nicht zu einem letztlich schädlichen «*race to the bottom*» führen.

E. Fazit

Die Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum schweizerischen Markt ist ein wesentliches Element, um den Wettbewerb in der Gesundheitsversorgung zu stärken und vom Fachwissen ausländischer Spezialisten zu profitieren. Im Jahr 2002 hat dabei ein Paradigmenwechsel stattgefunden. Seit Inkrafttreten des FZA mit der EG nimmt die Schweiz am europaweiten System der Diplomanerkennung teil; die gängigen Aus- und Weiterbildungen im Bereich der universitären Medizinalberufe werden als gleichwertig eingestuft. Ein solches **System staatsvertraglicher Gleichwertigkeitsanerkennungen** erlaubt, auf eine aufwendige Prüfung jedes Einzelfalls zu verzichten. Die Mebeko stellt in einem konkreten Anwendungsfall einzig darauf ab, ob der vorgelegte Titel der in der entsprechenden EG-Richtlinie bzw. in der EFTA-Konvention enthaltenen Bezeichnung entspricht und von der zuständigen Behörde ausgestellt wurde. Dieses rechtliche Régime hat sich in der Praxis bewährt, auch wenn – rechtsstaatlich problematisch – das bilaterale System der gegenseitigen Titelanerkennung unter dem FZA letztlich zu einer quasi-automatischen Übernahme neuen Gemeinschaftsrechts führt, ohne dass die Schweiz bei der Rechtsetzung über ein formelles Mitsprache- und Entscheidungsrecht verfügt. Darüber hinaus bleibt zu hoffen, dass es der Schweiz gelingt, mit weiteren Ländern Gleichwertigkeitsanerkennungen abzuschliessen. Im Vordergrund stehen dabei die Vereinigten Staaten, Kanada und Australien, welche über ein qualitativ hoch stehendes Gesundheitswesen und ausgezeichnete universitäre und praktische Ausbildungslehrgänge verfügen. Realistisch scheinen solche Vorhaben aber kaum.

Weniger gefestigt präsentiert sich demgegenüber die Praxis zur **Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen aus Ländern, mit denen die Schweiz keine Gleichwertigkeitsanerkennungen abgeschlossen hat**. Das MedBG überlässt es der Mebeko, Kriterien für den Erwerb des eidgenössischen Diploms oder eines eidgenössischen Weiterbildungstitels zu entwickeln. Vor dem Hintergrund parlamentarischer Kritik zur bisherigen Praxis («Ausverkauf des eidgenössischen Arztdiploms?»)⁶⁰ hat die Mebeko offenbar

⁶⁰ Siehe Rz. 20.

entschieden, für die Anerkennung eines ausländischen Diploms zukünftig strengere Voraussetzungen vorzusehen. Der Versuch, eine allseits zufrieden stellende Praxis zu entwickeln, illustriert anschaulich die Schwierigkeit, einen Ausgleich zwischen den unterschiedlichen und – zumindest teilweise – konfligierenden Interessen zu finden.⁶¹ Rechtlich stehen dabei vor allem das öffentliche Interesse an einer qualitativ hoch stehenden Gesundheitsversorgung und die Garantie der Wirtschaftsfreiheit auch für Ausländer im Zentrum. Es bleibt zu hoffen, dass Letztere auch in Zukunft angemessen berücksichtigt wird. Es widerspricht nicht nur den ureigenen Interessen der Schweiz an einer möglichst hoch stehenden Gesundheitsversorgung durch bestens ausgebildete Spezialisten, sondern ist rechtlich problematisch, wenn ausländische universitäre Medizinalpersonen von der selbständigen Berufsausübung ausgeschlossen werden, selbst wenn ihre Aus- und Weiterbildung gleichwertig oder gar besser ist als die eidgenössische.

⁶¹ Siehe Rz. 1.

Literatur, Gesetze und Materialien

- BERTHOUD FRÉDÉRIC, Die Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen der Schweiz und der EU, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz–EU: Handbuch*, Zürich 2007, S. 249 ff.
- BRUNNSCHWEILER MARTIN, Bewilligungspflicht und Bewilligungserteilung, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser/Tomas Poledna (Hrsg.), *Das neue Medizinalberufegesetz (MedBG)*, St. Gallen 2008, S. 57 ff.
- CICÉRON BÜHLER CORINNE et al., Die sektoriellen Abkommen Schweiz–EG von 1999 in ihrer praktischen Anwendung, in: *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005*, S. 339 ff.
- COTTIER THOMAS/OESCH MATTHIAS, *International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland, Cases, Materials and Comments*, London/Bern 2005.
- EPINEY ASTRID, Umgekehrte Diskriminierungen: Zulässigkeit und Grenzen der discrimination à rebours nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, Köln 1995.
- ETTER BORIS, *Medizinalberufegesetz MedBG: Handkommentar*, Bern 2006.
- FELDER DANIEL et al., Sektorielle Abkommen CH–EG von 1999: Erste Erfahrungen, in: *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003*, S. 421 ff.
- HANGARTNER YVO, Bemerkungen zum Urteil des BGer. vom 4.5.1999 (2P.424/1998): Ablehnung des Gesuchs eines niedergelassenen Ausländers mit ausländischem Fähigkeitsausweis auf Zulassung zur selbständigen Berufsausübung als Zahnarzt, in: *AJP 2000*, S. 100 ff.
- HÄNGGELI CHRISTOPH, Die ärztliche Weiterbildung in der Schweiz – zielführende Aufgabenteilung zwischen Bund und Berufsorganisationen?, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser/Tomas Poledna (Hrsg.), *Das neue Medizinalberufegesetz (MedBG)*, St. Gallen 2008, S. 41 ff.
- HÄNNI PETER, *Schweizerisches Europarecht: Kompendium*, Zürich 2007.
- JAAG TOBIAS/ZIHLMANN MAGDA, Institutionen und Verfahren, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU: Handbuch*, Zürich 2007, S. 65 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, *Grundrechte*, Bern 2007.
- KIESER UELI, Gegenstand und Geltungsbereich des Medizinalberufegesetzes (MedBG), in: René Schaffhauser/Ueli Kieser/Tomas Poledna (Hrsg.), *Das neue Medizinalberufegesetz (MedBG)*, St. Gallen 2008, S. 9 ff.
- OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung: Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Bern 2008.

- POLEDNA TOMAS, Gesundheitsrecht, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2001, Bern 2002, S. 389 ff.
 - POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002
 - SCHILLING THEODOR, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, in: Juristenzeitung (JZ) 1994, S. 9 ff.
 - SCHLAG MARTIN, Art. 47, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2. Auflage 2009.
 - SPESCHA MARC, in: Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli (Hrsg.), Migrationsrecht: Kommentar, Zürich 2008.
 - SPOERRI THOMAS, Medizinalpersonen, in: Tomas Poledna/Ueli Kieser (Hrsg.), Gesundheitsrecht, SBVR VIII, Basel 2005.
 - VALLENDER KLAUS A., Art. 27, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Zürich/St. Gallen 2. Auflage 2008.
 - WALSER CATRIN, Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU: Handbuch, Zürich 2007, S. 285 ff.
 - ZWALD THOMAS, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR XI, Basel 2. Auflage 2007.
-
- Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 (EGV, konsolidierte Fassung).
 - Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02).
 - Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010).
 - Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA, SR 0.142.112.681).
 - Weiterbildungsordnung der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) vom 21. Juni 2000 (WBO, aktuelle Fassung vom 6. Dezember 2007).
 - Konvention zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960, konsolidierte Fassung gemäss «Vaduzer Abkommen» vom 21. Juni 2001 (EFTA-Konvention, SR 0.632.31).
 - Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10).

- Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173.
- Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (Medizinalberufegesetz, MedBG, SR 811.11).
- Verordnung über Diplome, Ausbildung, Weiterbildung und Berufsausübung in den universitären Medizinalberufen vom 27. Juni 2007 (MedBV, SR 811.112.0).
- Antwort des Bundesrates vom 14. Mai 2008 auf die Interpellation «Übernahme der EG-Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen» (08.3143) von Urs Schwaller vom 19. März 2008.
- Antwort des Bundesrates vom 3. September 2008 auf die Interpellation «Ausverkauf des eidgenössischen Arztdiploms?» (08.3246) von Felix Gutzwiller vom 26. Mai 2008.