

Dr. Andreas Jost
Theres Stämpfli
Beat Messerli, LL.M.
Walter Streit, LL.M.
Sirkka Messerli-Tammelin
Prof. Dr. Manuel Jaun
Simon Jenni

Dr. Fritz Kilchenmann
Konsulent

Rechtsanwältinnen/Rechtsanwälte
Eingetragen im Anwaltsregister

Gesellschaftsstrasse 27
Postfach 6858
3001 Bern

Tel. +41 (0)31 302 66 55
Fax +41 (0)31 302 68 58
info@jskms.ch
www.jskms.ch

E-Mail

- FSP
- SBAP
- SGRP

14. September 2011

Bundesgerichtsentscheid 2C.121_2011 betreffend die Verordnung über psychiatrische und psychologische Gutachten in Straf- und Zivilverfahren des Regierungsrats und des Obergerichts des Kantons Zürich (PPGV)

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich habe Ihnen den abschlägigen Entscheid des Bundesgerichts 2C.121_2011 in dieser Angelegenheit geschickt. Ich gestatte mir, den Entscheid nachträglich kurz zu kommentieren, damit Sie Ihre Mitglieder entsprechend orientieren können.

1. Zunächst ist festzustellen, dass das Bundesgericht seinen Entscheid in Fünferbesetzung gefällt hat. Normalerweise tagt das Bundesgericht in einer Besetzung mit drei Richtern. Eine Teilnahme von fünf Richtern ist nur bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung vorgesehen (Art. 20 BGG).

Die Verbände werden sich daher sagen dürfen, dass sie Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung haben beurteilen lassen. Die relativ ausführlichen Erwägungen des Gerichts unterstreichen diesen Eindruck. Einen grundsätzlichen Charakter haben sicher die Ausführungen über die Wirtschaftsfreiheit, das Binnenmarktgesetz, den von den Verbänden geltend gemachten Verstoss kantonalen Rechts gegen Bundesrecht und die Rechtsgleichheit. Ich gehe auf diese Aspekte nachfolgend kurz ein.

2. Das Bundesgericht weist die Behauptung der Verbände zurück, die Verordnung verstosse in den gerügten Punkten gegen die Wirtschaftsfreiheit. Die Begründung ist knapp. Das Bundesgericht beschränkt sich auf den an und für sich zutreffenden

Hinweis, dass die Tätigkeit als Gerichtsgutachter hoheitlicher Natur ist. Es setzt sich jedoch nicht mit der Behauptung der Verbände auseinander, dass im Stadium des Registereintrags von Personen, welche ihre Dienste dem Staat anbieten und sich insofern unstreitig auf die Wirtschaftsfreiheit berufen dürfen, sehr wohl davon gesprochen werden kann, dass durch die Art und Weise der Selektion die Wirtschaftsfreiheit tangiert wird. Die Verbände haben die Wirtschaftsfreiheit nicht angerufen um zu begründen, dass Psychotherapeuten einen Anspruch auf Erteilung staatlicher Gutachteraufträge haben. Vielmehr haben sie behauptet, der von der Wirtschaftsfreiheit geschützte Bewerbungswettbewerb werde unsachgemäss eingeschränkt, wenn den Psychotherapeuten zum vornherein der Eintrag in das Register gemäss § 11 Abs. 1 lit. a PPGV verwehrt werde. Es ist bedauerlich, dass das Bundesgericht diesen Aspekt übergeht und gleichsam den Kurzschluss zieht, die Wirtschaftsfreiheit sei nicht tangiert, da Psychotherapeuten *im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeit* nicht die Wirtschaftsfreiheit anrufen dürfen.

3. Aus den gleichen Gründen ist das Bundesgericht ferner der Meinung, das Binnenmarktgesetz sei nicht tangiert, da dieses im Rahmen von hoheitlichen Tätigkeiten gar nicht zur Anwendung gelange. Es scheint die Meinung zu vertreten, der Kanton Zürich sei befugt, ausserkantonalen Bewerbern den Zutritt zum Register zu versagen, falls sie nicht die einschlägigen *zürcherischen* Voraussetzungen für die Erteilung der Psychotherapie-Berufsausübungsbewilligung im Kanton Zürich erfüllten, selbst dann, wenn sie binnenmarktrechtlich an und für sich zur Berufsausübung zuzulassen wären. Dieser Schluss ist befremdend. Er widerspricht insbesondere der Auffassung des Verwaltungsgerichts, welches im angefochtenen und bestätigten Entscheid VB.2010.00572 ausgeführt hatte:

„Auch Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten mit einer ausserkantonalen Berufsausübungsbewilligung steht es offen, um Bewilligung des Kantons Zürich zu ersuchen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden entbindet das BGBM die Psychotherapeuten mit einer ausserkantonalen Bewilligung auch nicht generell vom Einholen einer zürcherischen Berufsausübungsbewilligung, wenn sie hier tätig sein wollen. *Eine solche muss jedoch bei Gleichwertigkeit beider kantonaler Marktzugangsordnungen ohne Einschränkung erteilt werden* (vgl. RB 2007 Nr. 45 E. 5.2; VB.2009.00312 und 243 je E. 3.2 unter www.vgrzh.ch). Dieser Anspruch ermöglicht letztlich allen genügend ausgebildeten Sachverständigen die Aufnahme ins zürcherische Sachverständigenverzeichnis.“¹

4. Einen grösseren Raum nehmen die aufschlussreichen Ausführungen über den Aspekt des Vorrangs des Bundesrechts vor kantonalem Recht ein. Das Bundesgericht setzt sich ausführlich mit der Frage auseinander, ob im Strafbereich das StGB Begutachtungen durch Psychotherapeuten zulasse. Es stellt zunächst fest, dass die einschlägigen Bestimmungen keine Aussage darüber enthalten, ob für Gutachten auch nicht-ärztliche Psychotherapeuten in Frage kommen. Die rechtliche Frage lautet daher, ob der Bundesgesetzgeber damit die Regelung den Kantonen anheimgestellt hat oder ob er mit der offenen Formulierung der genannten Gesetzesbestimmungen gegenteils den Zugang zur Begutachtung bewusst auch den nicht-ärztlichen Psychotherapeuten gewähren wollte (sogenanntes qualifiziertes Schweigen). Zur

¹ E. 6.2. Hervorhebung hinzugefügt.

Beantwortung dieser Frage greift das Bundesgericht auf die Materialien (d.h. die den Gesetzgebungsprozess vorbereitenden Unterlagen) zurück, um festzustellen, diese seien zwar nicht schlüssig, legten jedoch eher den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber anspruchsvolle Begutachtungen im Sinn von Art. 56 ff. StGB den Psychiatern vorbehalten wollte.

Diese Begründung ist nicht überzeugend. Es mutet merkwürdig an, dass der Bundesgesetzgeber in einem derart sensiblen Bereich wie der Begutachtung gefährlicher Straftäter die Qualifikation der Gutachter den Kantonen hätte überlassen wollen, nachdem sich die Bestimmungen von Art. 56 StGB sehr ausführlich zur Begutachtung äussern. Die Materialien zeigen gegenteils an, dass sich der Gesetzgeber mit dieser Frage sehr wohl auseinander gesetzt hat. Wenn der Bundesrat in der Botschaft schreibt, er wolle die Frage der Qualifikation „bewusst“ offen lassen, damit den Umständen des Einzelfalls Rechnung getragen werden könne, so ist diese Äusserung Beleg dafür, dass der Bund die nicht-ärztlichen Psychotherapeuten absichtlich nicht von vornherein von den anspruchsvollen Begutachtungen ausschliessen wollte. Es ist nicht nachvollziehbar, wie das Bundesgericht angesichts des klaren Bekenntnisses des Bundesrats, die Auswahl der Gutachter bewusst nicht auf Psychiater einschränken zu wollen, zum Schluss gelangt, der Bund habe die Regelung den Kantonen überlassen wollen, weshalb diese berechtigt seien, nicht-ärztliche Fachleute von anspruchsvollen Begutachtungen samt und sonders auszuschliessen.

5. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit behandelt das Bundesgericht sodann die Frage, ob sachliche Gründe bestehen, welche im Zusammenhang mit der Begutachtung durch forensisch spezialisierte Fachleute eine Differenzierung zwischen Psychiatern und nicht-ärztlichen Psychotherapeuten rechtfertigen. Es stellt fest, dass die Ansicht, es bestünden hinsichtlich der Qualifikationen keine Unterschiede, umstritten ist. „Bereichsübergreifend“ verweist das Bundesgericht auf das Krankenversicherungsrecht und ergänzend auf kantonale Regelungen, welche eine Aufsicht des delegierenden Arztes über angestellte Psychotherapeuten vorschreiben. Das Bundesgericht behauptet im letztgenannten Zusammenhang, die vorgeschriebene Aufsicht zeige, dass ein Ausbildungsunterschied bestehe. Dieser Schluss ist unhaltbar. Wie der angeführte Entscheid 2C.696_2007 zeigt, wird die Aufsicht ausschliesslich mit der (einleuchtenden) Überlegung begründet, dass ein Arzt Fachleute (zu welchen auch Ärzte gehören können) anstellt, für deren Tätigkeit er gegenüber den Patienten eine Verantwortung trägt. Das angebliche Ausbildungsgefälle wird gar nicht thematisiert. Die Behauptung des Bundesgerichts steht zudem im Widerspruch zu den übrigen Ausführungen in 2C.121_2011, in denen lediglich festgestellt wird, die Gleichwertigkeit der Qualifikationen sei umstritten.
6. Dass das Bundesgericht seine Ausführungen nicht in dem Sinn verstanden wissen will, dass höchstrichterlich ein Ausbildungsgefälle zwischen Psychiatern und nicht-ärztlichen Psychotherapeuten besteht, deutet es mit der folgenden Aussage an:

„(Es ist) nicht Sache der Gerichte, zu prüfen, ob eine gesetzliche Regelung "richtig" ist oder ob eine andere Regelung zweckmässiger wäre. Ebenso wenig ist die Frage im Lichte des vorgesehenen Bundesgesetzes vom 18. März 2011 über die Psychologieberufe zu prüfen, da dieses noch nicht in Kraft steht (Referendumsvorlage in BBl 2011 2707). Es wäre möglicher-

weise ebenfalls vertretbar, nichtärztliche Psychotherapeuten zu den streitigen Gutachten zuzulassen, wie dies offenbar in Deutschland der Fall ist.“²

Man wird darin unschwer die Meinung lesen dürfen, dass das Bundesgericht eine Gleichwertigkeit nicht zum vornherein ausschliessen, den Entscheid darüber aber dem Gesetzgeber überlassen will. Ausdrücklich offen gelassen wird auch, ob die Frage nach dem Inkrafttreten des PsyG anders zu beurteilen wäre. Dies ist auch der Grund, weshalb das Bundesgericht in der Verweigerung der beantragten Beweise (u.a. einer Expertise) keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs erblicken kann.

Zusammenfassend stelle ich fest, dass der Entscheid trotz des negativen Ausgangs Ausführungen enthält, welche die berufspolitischen Anliegen der Verbände unterstützen. Das Augenmerk muss zweifellos auf einer „politischen Beweisführung“ liegen, mit welcher die Fachkompetenzen der nicht-ärztlichen Psychotherapeuten im Vergleich mit Psychiatern untermauert werden.

Ich überlege mir, den Entscheid in einer Fachzeitschrift zu kommentieren, dies letztlich nicht nur mit dem Ziel einer kritischen rechtlichen Auseinandersetzung, sondern auch mit der Absicht, die Anliegen der Verbände zu unterstützen.

Mit freundlichen Grüßen



Beat Messerli

² E. 4.5.5.