

Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private

Ein Diskussionsbeitrag zur Auslagerung von Staatsaufgaben am Beispiel
der Weiterbildung der Medizinalberufe

Projektarbeit eingereicht der
Universität Bern

Betreuender Dozent: **Prof. Dr. Andreas Lienhard**

Kompetenzzentrum für Public Management
Falkenplatz 9
CH-3012 Bern

von:

Christoph Hänggeli
aus Mühleberg (BE)

Kunoweg 7, 3047 Bremgarten

Bern, 31. Januar 2006

Management Summary

Der Staat kann öffentliche Aufgaben mit den verschiedensten Organisationsformen wahrnehmen; das Spektrum der institutionellen Wahlmöglichkeiten ist entsprechend gross. In der Konzeption des Gewährleistungsstaates geht der Trend weg von der traditionellen Leistungserbringung durch die Zentralverwaltung in Richtung Auslagerung von Aufgaben auf dezentrale Verwaltungseinheiten oder auf private Organisationen. In der Vernetzung zwischen Staat, Wirtschaft und Gesellschaft liegt der Lösungsansatz, um die zunehmende Komplexität der zu regelnden Materien zu meistern.

Mit der Auslagerung von Staatsaufgaben und Rechtsetzungsbefugnissen auf Private kann sich der Staat wirksam entlasten. Er kann seine Aufgaben besser erfüllen, weil er das spezifische Fachwissen und die Flexibilität privater Organisationen optimal nutzbar machen kann. Das Gemeinwesen beschränkt sich auf die Steuerung und Kontrolle der privaten Selbstregulierung und nimmt damit seine Gewährleistungsverantwortung wahr. Besonderes Augenmerk ist dabei auf die demokratische Legitimation der zu erlassenden Normen und auf den Rechtsschutz zu legen. Mit geeigneten Aufsichtsinstrumenten (Genehmigungspflicht) und umfassenden Rechtsmitteln lassen sich potentielle Gefahren privater Rechtsetzung auf ein Minimum reduzieren.

Wie das Beispiel der ärztlichen Weiterbildung zeigt, ist der Einbezug privater Organisationen nicht nur für die Übertragung von Staatsaufgaben, sondern auch von Rechtsetzungsbefugnissen sinnvoll. Mit einem für die Schweiz neuartigen Akkreditierungssystem stellt der Bund sicher, dass die Qualität der ärztlichen Weiterbildung laufend verbessert wird. Gefahr droht dem erfolgreichen Modell durch das in der parlamentarischen Beratung stehende Medizinalberufegesetz: Das federführende EDI plant die gleichzeitige Akkreditierung verschiedener Organisationen, welche zur hoheitlichen Regelung der Anforderungen an einen Facharztstitel befugt sein sollen. Zuständigkeitskonflikte, Rechtsunsicherheit und rechtsungleiche Bewilligungserfordernisse für Ärztinnen und Ärzte wären die direkte Folge, wenn konkurrierende Organisationen zur Rechtsetzung legitimiert werden. Das Rechtsmonopol des Staates darf nicht auf dem Altar des Wettbewerbs geopfert werden. Konkurrenz und Wettbewerb haben hingegen überall dort ihre Berechtigung, wo eine konkrete Leistung angeboten bzw. nachgefragt wird. Dies trifft beispielsweise auf die 1500 Weiterbildungsinstitutionen zu, welche im Rahmen des akkreditierten Weiterbildungsprogramms der FMH Ärztinnen und Ärzten Weiterbildungsleistungen vermitteln.

Inhaltsverzeichnis

Management Summary	2
Inhaltsverzeichnis	3
Abbildungsverzeichnis	5
Abkürzungsverzeichnis	6
1 Einleitung	7
1.1 Ausgangslage.....	7
1.2 Zielsetzung und Abgrenzungen.....	8
1.3 Aufbau der Arbeit.....	8
2 Theoretische und konzeptionelle Grundlagen	10
2.1 Institutionelle Wahlmöglichkeiten - Begriffsklärung und Übersicht	10
2.2 Die Zulässigkeit der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf private Organisationen.....	13
2.3 Die Zulässigkeit der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf private Organisationen.....	13
2.4 Erscheinungsformen und Beispiele privater Rechtsetzungsbefugnisse	14
2.5 Chancen und Gefahren bei der Übertragung von Staatsaufgaben und Rechtsetzungsbefugnissen auf Private	16
2.6 Aufsicht über private Organisationen, welche Staatsaufgaben wahrnehmen	18
3 Die Regelung der Weiterbildung der Medizinalberufe	20
3.1 Grundlagen	20
3.1.1 Die Regelung der ärztlichen Weiterbildung als Staatsaufgabe	20
3.1.2 Das Freizügigkeitsgesetz	20
3.2 Die Akkreditierung nach FMFG als Modell für das Konzept des Gewährleistungsstaates	21
3.3 Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an die FMH	23
3.3.1 Einordnung in die verschiedenen Erscheinungsformen	23
3.3.2 Rechtsnatur und Verbindlichkeit des akkreditierten Weiterbildungsprogramms	24
3.3.3 Chancen und Gefahren des Akkreditierungsmodells	25
3.4 Ausblick: Das Medizinalberufegesetz.....	28
3.4.1 Grundzüge	28
3.4.2 Neuer Gegenstand des Akkreditierungsverfahrens?	28
3.4.3 Wettbewerb unter rechtsetzenden Organisationen?	29
3.5 Fazit.....	30
4 Literaturverzeichnis	32

5	Anhang	34
6	Selbstständigkeitserklärung	44
7	Über den Autor	45

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Institutionelle Wahlmöglichkeiten: Systematisierung der Begriffe	10
Abbildung 2: Erweitertes Vierkreisemodell	12
Abbildung 3: Zuständige Organe und Instanzenwege in der Weiterbildung	34
Abbildung 4: Rechtsmittelsystem mit Beschwerdequote, Folgebeschwerdequote und Quote gutgeheissener Beschwerden.....	36

Abkürzungsverzeichnis

AJP	Aktuelle juristische Praxis
BBG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz); SR 412.10
BB1	Bundesblatt
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz); SR 954.1
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz); SR 935.61
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; SR 101
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum, Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte
FMPG	Bundesgesetz betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. Dezember 1877 (Freizügigkeitsgesetz); SR 811.11
GGF	Schweizerische Gesellschaft für Getreide und Futtermittel
MedBG	Entwurf für ein Bundesgesetz über die eidgenössischen Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz); BBl 2005, S. 251
NPM	New Public Management
REKO MAW	Eidgenössische Rekurskommission für medizinische Aus- und Weiterbildung
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997; SR 172.010
SNV	Schweizerische Normenvereinigung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
USG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz); SR 814.01
WA	Weiterbildungsausschuss
WBV	Verordnung über die Weiterbildung und die Anerkennung der Diplome und Weiterbildungstitel der medizinischen Berufe vom 17. Oktober 2001 (Weiterbildungsverordnung); SR 811.113
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren; SR 172.021
WBO	Weiterbildungsordnung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907; SR 210
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

1 Einleitung

1.1 Ausgangslage

Seit über 10 Jahren stehen unter dem Schlagwort "**New Public Management (NPM)**" Reformen auf der politischen Traktandenliste, welche die Effektivität und Effizienz der öffentlichen Verwaltung verbessern sollen. Wirkungs-, Qualitäts-, Kunden- und Wettbewerbsorientierung bilden dabei die strategischen Ziele, die allen Modernisierungsbestrebungen gemeinsam sind (vgl. Schedler/Proeller 2003: 54).

Das **Staatsverständnis von NPM** ist geprägt von der zunehmenden Fülle und Komplexität staatlicher Aufgaben bei gleichzeitiger Stagnation bzw. Abnahme finanzieller Ressourcen. Im Zuge der rasanten gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und technischen Entwicklung hat auch die Regelungsdichte enorm zugenommen. Staats- und Regelungsverdrossenheit sind die Folge dieser allgemein beklagten Normenflut. Als Antwort postuliert NPM einen schlanken Staat, der sich auf seine Kernaufgaben konzentriert. Privatisierung, Liberalisierung, Selbstregulierung, Dezentralisierung, Aufgabenverzichtsplannung (Kanton Bern: Aufgabendialog), Outsourcing und Auslagerung sind inzwischen geläufige Stichworte, welche zeigen, dass sich die Vorstellungen über den Sinn staatlicher Tätigkeit und über die Art und Weise der Erfüllung einer Staatsaufgabe bereits nachhaltig gewandelt haben (vgl. Poledna 2002: 10; Marti 2000: 562).

Vor diesem Hintergrund hat sich die Konzeption des **Gewährleistungsstaates** entwickelt: Der Staat erbringt nicht mehr alle Leistungen selber, sondern beschränkt sich darauf, sie zu gewährleisten. Dieser Trend führt weg von der traditionellen Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die staatliche Zentralverwaltung. Bestehende öffentliche Aufgaben sollen aus der Zentralverwaltung **ausgelagert** und mit Organisationsformen der dezentralen öffentlichen Verwaltung oder mit Privaten effektiver, effizienter und kundenfreundlicher wahrgenommen werden. Das Zusammenwirken zwischen Staat und Privaten erhält eine neue Qualität: "Staat, Wirtschaft und Gesellschaft rücken näher zusammen und werden enger vernetzt" (Lienhard 2002: 1163; vgl. auch Naschold u. a. 1996: 13; Simonis 2000: 93ff).

Mit der Auslagerung öffentlicher Aufgaben auf Private verbunden ist ein Teilaspekt, der in der ansonsten reichhaltigen Literatur meist nur am Rande thematisiert wird: Die **Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen**. Rechtsetzung ist nicht selten Teil der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private und damit ein wesentliches Element bei der Aufgabenteilung bzw. Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten (vgl. Brunner 1982: 1).

Die **Weiterbildung der Medizinalberufe** bietet ein neueres und illustratives Anwendungsbeispiel für das Modell des Gewährleistungsstaates. Das Gesetz über die Freizügigkeit der Medizinalberufe (FMPG) schreibt seit dem 1. Juni 2002 vor, dass nur noch denjenigen Ärztinnen und Ärzten den Arztberuf selbständig ausüben dürfen, welche im Besitz eines eidgen-

nössischen Weiterbildungstitels sind. Allerdings hält das Gesetz lediglich die Grundsätze und Ziele der Weiterbildung fest und überlässt es der (privatrechtlichen) gesamtschweizerischen Berufsorganisation festzulegen, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Titel erworben werden kann. Diese Aufgabe ist notwendigerweise mit dem Erlass einer Vielzahl von Vorschriften und Regelungen verbunden, welche die Bedingungen für den Erwerb jedes einzelnen Titels und für die Anerkennung der Anbieter der Weiterbildung (Weiterbildungsstätten) detailliert festlegen. Diese Normen werden vom Bund in Form einer "Akkreditierung" anerkannt, ein Verfahren, das im Weiterbildungsbereich als neuartige Regulierungsform bezeichnet werden kann.

1.2 Zielsetzung und Abgrenzungen

Die Projektarbeit hat zum Ziel, am konkreten Beispiel der Weiterbildung der Medizinalberufe die Möglichkeiten und Chancen, aber auch die Gefahren und Probleme aufzuzeigen, die mit der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private verbunden sind. Im Wesentlichen:

- Welche Synergieeffekte entstehen bei der Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten? Ist die Wahrnehmung von hoheitlichen Befugnissen durch Private im Interesse aller Beteiligten? Wie verhält es sich mit der demokratischen Legitimation privat gesetzten Rechts?
- Wie muss die Aufsicht und Steuerung ausgestaltet sein, damit der Staat seiner Gewährleistungsverantwortung nachkommen kann? Welches Rechtsmittelsystem ist zum Schutz der Rechtsunterworfenen notwendig?
- Können dieselben Rechtsetzungsbefugnisse gleichzeitig an verschiedene private Organisationen übertragen werden? Oder anders ausgedrückt: Sind Konkurrenz und Wettbewerb mit hoheitlichen Rechtsetzungsbefugnissen kompatibel?

Abgrenzungen bzw. Eingrenzungen des Themas sind in mehrfacher Hinsicht vorzunehmen:

- Da Rechtsetzungsbefugnisse per definitionem hoheitlicher Natur sind, beschränkt sich die Diskussion über Auslagerungen auf hoheitliche Aufgaben.
- Die unüberschaubare Vielfalt der Auslagerungen in den Gemeinwesen der föderalistisch organisierten Schweiz zwingt zur Begrenzung auf die Bundesebene.
- Die in der Literatur breit abgehandelte Frage nach der geeigneten Organisations- oder Rechtsform bei Auslagerungen wird nur im Überblick gestreift. Die Arbeit konzentriert sich auf die Auslagerung an so genannte "echte" private Organisationen.
- Das FMPPG regelt die Weiterbildung aller universitären Medizinalberufe (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker). In der vorliegenden Arbeit wird im Wesentlichen auf den Arztberuf und die Rolle der organisierten Ärzteschaft eingegangen.

1.3 Aufbau der Arbeit

Die Arbeit ist in zwei Teile gegliedert. Der erste Teil ist den theoretisch-konzeptionellen Grundlagen der Auslagerung von Staatsaufgaben bzw. der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen gewidmet. Der zweite Teil behandelt das Fallbeispiel der ärztlichen Weiterbildung.

Der erste Teil beginnt mit der Klärung und Systematisierung der massgebenden Begriffe im Zusammenhang mit den institutionellen Wahlmöglichkeiten, die dem Staat für die Wahrnehmung seiner Aufgaben zur Verfügung stehen. Es folgt die Prüfung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben des Bundes auf andere Organisationen verfassungsmässig zulässig ist. In einem eigenen Kapitel behandelt wird die spezielle Frage der Übertragbarkeit von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private. Nach der Beurteilung der Vor- und Nachteile der Auslagerung von Staatsaufgaben im Allgemeinen und der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen im Speziellen, schliesst ein Kapitel über die Aufsicht über die privaten Organisationen den ersten Teil ab.

Im zweiten Teil werden die Ausführungen des ersten Teils wieder aufgenommen und auf das konkrete Fallbeispiel der ärztlichen Weiterbildung übertragen. Ein besonderes Kapitel ist aus aktuellem Anlass dem Medizinalberufegesetz (MedBG) gewidmet, das zur Zeit in der parlamentarischen Beratung steht und 2008 das Freizügigkeitsgesetz (FMPG) ablösen soll.

2 Theoretische und konzeptionelle Grundlagen

2.1 Institutionelle Wahlmöglichkeiten - Begriffsklärung und Übersicht

Ob der Staat - verstanden als Gewährleistungsstaat - Aufgaben selbst erfüllt oder andere damit betraut, hängt wesentlich von der Art der Aufgabe ab. Deshalb bedürfen die in der Literatur häufig verwendeten Begriffe "**öffentliche Aufgaben**" oder "**Staatsaufgaben**" einer kurzen Erläuterung. Staatsaufgaben bilden nach herrschender Meinung eine Teilmenge der öffentlichen Aufgaben (vgl. Proeller 2002: 29 und die dort angeführten Literaturverweise). Öffentliche Aufgaben haben eine Bedeutung für das Wohl der Allgemeinheit und sind infolgedessen durch ein öffentliches Interesse gekennzeichnet. Öffentliche Aufgaben werden indes erst dann zu Staatsaufgaben, wenn sie dem Gemeinwesen durch Verfassung und Gesetz übertragen worden sind und der Staat sie kompetenzgemäss wahrnimmt (vgl. Lienhard 2005: 151; Müller/Jenni 1999: 1073). Die Trägerschaft spielt in diesem Zusammenhang (noch) keine Rolle. Die Qualifikation als Staatsaufgabe hängt nicht davon ab, ob sie von einer staatlichen oder nicht-staatlichen Organisation wahrgenommen wird (vgl. Proeller 2002: 29).

Ein wesentlicher Teil der staatlichen Aufgaben wird als "**hoheitliche Aufgaben**" bezeichnet. Bei den hoheitlichen Aufgaben werden Befehl und Zwang als Mittel der Aufgabenerfüllung eingesetzt. Die besondere Rechtsmacht des Staates kommt zum Zug, um verbindliche und durchsetzbare Anordnungen zu treffen, was namentlich dann der Fall ist, wenn der Staat Verfügungsbefugnis hat. Bei der Hoheitsverwaltung - oft synonym verwendet mit dem Begriff Eingriffsverwaltung - hat der Staat die Möglichkeit, in die Rechte der Bürger einzugreifen (vgl. Proeller 2002: 30ff).

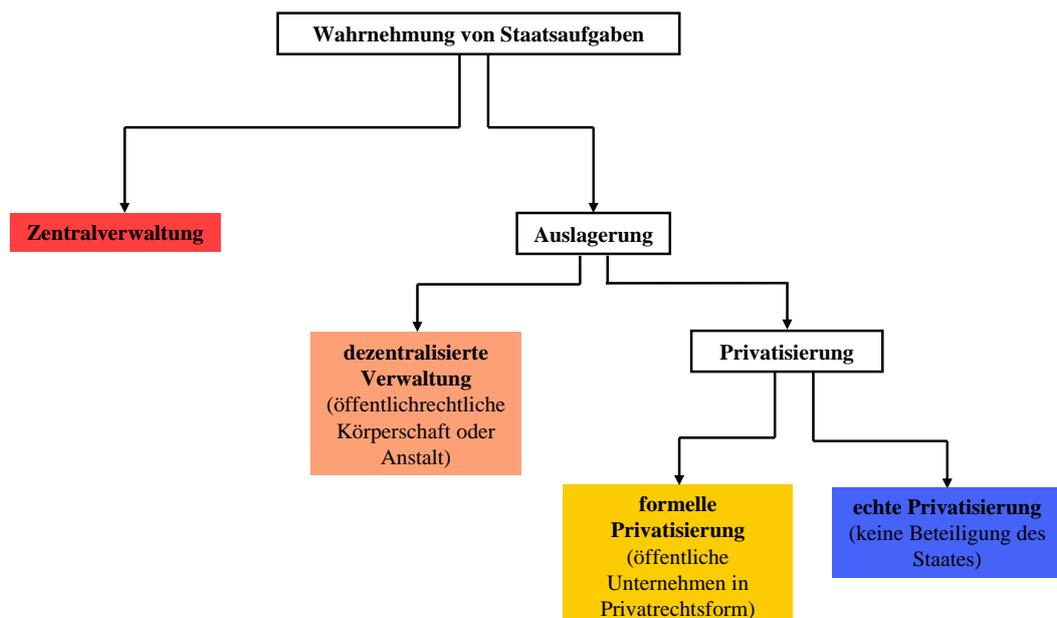


Abbildung 1: Institutionelle Wahlmöglichkeiten: Systematisierung der Begriffe

Unter dem Oberbegriff "**Auslagerung**" wird die Übertragung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf dezentrale staatliche oder private Organisationen verstanden. Wird anstelle der Zentralverwaltung eine dezentralisierte Organisationseinheit mit der Aufgabe betraut, ist von **Dezentralisierung** die Rede. Wenn die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf private Träger-schaften übertragen wird, spricht man von **Privatisierung** (vgl. Jaag 2000: 26ff). Als Abgrenzungskriterium dient dabei die öffentlich- bzw. privat-rechtliche Organisationsform: So stellt etwa die Begründung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, Anstalt oder Stiftung (z. B. SUVA, ETH, Post, GGF, Stiftung "Schweizerischer Nationalpark") oder einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft (z. B. SBB) keine Privatisierung dar (vgl. Zimmerli/Lienhard 1998: 169). Hingegen liegt ein Fall von Privatisierung auch dann vor, wenn die privat-rechtliche Organisation vollumfänglich im Eigentum des Staates steht. Bei solchen öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform spricht man von **formeller Privatisierung** oder Organisationsprivatisierung (z. B. RUAG). Eine weitergehende Form der Privatisierung findet sich in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, bei denen sowohl der Staat als auch Private an der Trägerschaft und Leitung beteiligt sind (Teilprivatisierung; z. B. Swisscom). Eine materielle oder **echte Privatisierung** schliesslich liegt dann vor, wenn privatrechtliche Organisationen ohne Beteiligung des Staates öffentliche Aufgaben erfüllen (vgl. Jaag 2000: 32f). Bei dieser so genannten Aufgabenprivatisierung erfolgt die Übertragung durch Beleihung oder Konzessionierung. Als Rechtsformen stehen der Verein und die Genossenschaft im Vordergrund, aber auch Aktiengesellschaften oder Stiftungen kommen in Frage (z. B. SRG, SEV, SNV, Carburra, Privatbahnen; vgl. Häfelin/Haller 2001: 487f und VPB 54 1990, Nr. 36).

Die Vielfalt der institutionellen Wahlmöglichkeiten, welche dem Staat (Bund) für die Erfüllung seiner Aufgaben zukommen, sind im so genannten "**Vierkreismodell**" anschaulich dargestellt, das eine Kategorisierung nach dem **Grad der Eigenständigkeit** einer Organisation vornimmt (vgl. Zimmerli/Lienhard 1998: 178ff; Lienhard u. a. 2003: 64ff):

- Im innersten Kreis befinden sich die Organisationseinheiten der Zentralverwaltung, welche politische Koordinations- und Steuerungsfunktionen wahrnehmen.
- Zum zweiten Kreis gehören die mit Leistungsauftrag und Globalbudget geführten Bundesämter (FLAG-Ämter), welche keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen und die in die Departementsstrukturen sowie in die Verwaltungsrechnung integriert bleiben. Mit den Instrumenten des betrieblichen Rechnungswesens und der Definition von Produkten kommt ihnen eine höhere Autonomie zu (z. B. Swisstopo).
- Dem dritten Kreis werden die öffentlichrechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit zugeordnet. Im Spezialgesetz ist in aller Regel ein Leistungsauftrag vorgesehen (z. B. ETH, Post).
- Zum vierten Kreis gehören spezialgesetzliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, bei denen der Bund am Unternehmenskapital beteiligt ist. Sie haben durchwegs eigene Rechtspersönlichkeit. Meist handelt es sich um Organisationsprivatisierungen (z. B. Swisscom, RUAG, SBB).

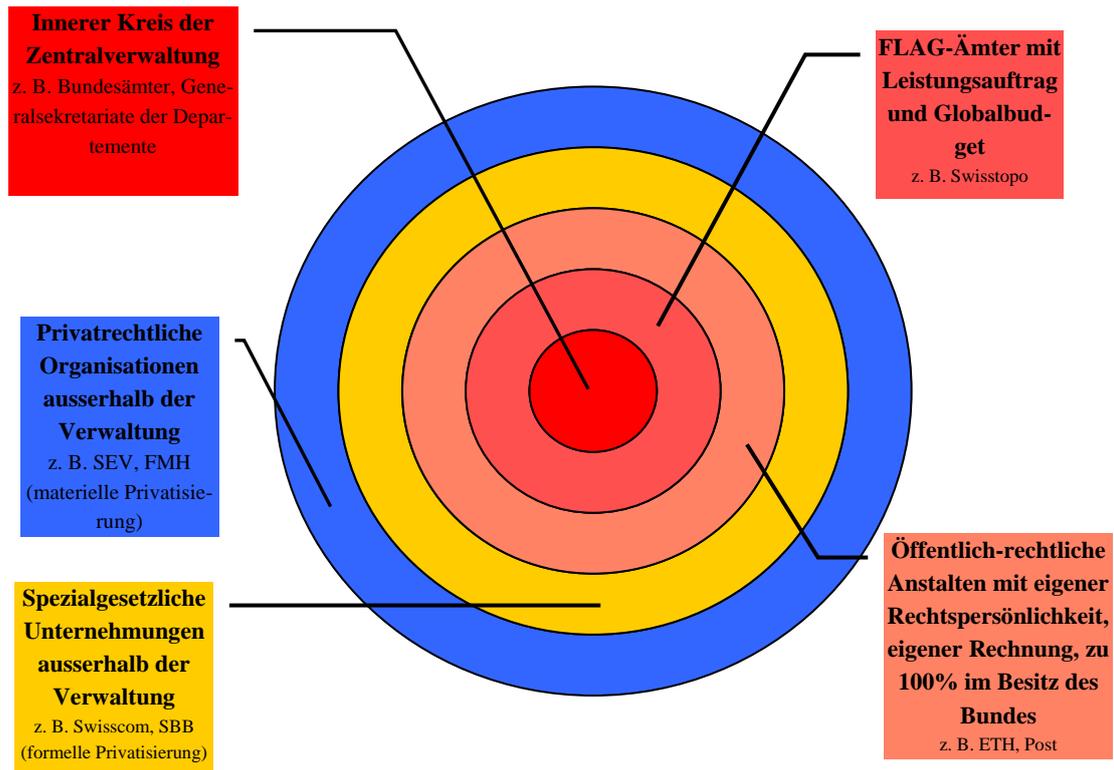


Abbildung 2: Erweitertes Vierkreismodell (in Anlehnung an Lienhard u. a. 2003: 64f)

Lienhard (2005: 71ff) hat das Vierkreismodell um einen fünften Kreis erweitert: In diesem Segment lassen sich privatrechtliche Organisationsformen zusammenfassen, die nicht vom Gemeinwesen errichtet wurden und die im Sinne der echten Privatisierung öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Als Beispiele erwähnt Lienhard Beliehene und Konzessionäre mit Betriebspflichten.

Im zweiten Teil der Arbeit wird zu zeigen sein, dass die FMH als privatrechtlich organisierte Körperschaft (Verein nach ZGB) und als vom Bund akkreditierte Trägerorganisation der ärztlichen Weiterbildung zum fünften Kreis gehört.

Für die weiteren Erörterungen stehen diejenigen Privaten im Zentrum, welche dem fünften Kreis angehören und die ein weiteres Kriterium erfüllen: Es geht um private Organisationen, welche ihren Zweck, ihre Aufgabenbereiche, ihre Struktur und Willensbildung grundsätzlich selber bestimmen. Sie nehmen neben den öffentlichen Aufgaben auch oder überwiegend Funktionen wahr, die im Interesse ihrer Mitglieder liegen. Solche Interessen können z. B. wirtschaftlicher, sozialer, berufspolitischer oder berufsbildender Art sein (vgl. Brunner 1982: 23ff und die dort aufgeführten Beispiele).

2.2 Die Zulässigkeit der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf private Organisationen

Art. 178 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV) ermächtigt den Bund ausdrücklich, Verwaltungsaufgaben auf Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts zu übertragen. Allerdings braucht es dafür in jedem Einzelfall eine formelle gesetzliche Grundlage.

Nicht nur für die Aufgabenübertragung an sich, sondern auch für die Errichtung von ausserhalb der Zentralverwaltung stehenden Verwaltungsträgern ist eine formelle gesetzliche Grundlage notwendig. Dies gilt allerdings nur für diejenigen Aufgaben und Organisationsstrukturen, die Grundlegendes und Wichtiges betreffen (vgl. Art. 164 Abs. 1 lit. e und g BV; Lienhard 2002: 1167). Gar keine Rechtsgrundlage ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung notwendig, wenn bloss Hilfsaufgaben übertragen werden (Outsourcing; z. B. Auslagerung von Informatikdienstleistungen). Hierbei handelt es sich um die so genannte Bedarfsverwaltung, also um Leistungen für den Eigengebrauch. Leistungsadressat ist das auslagernde Gemeinwesen selbst und nicht die Öffentlichkeit (vgl. Lienhard u. a. 2003: 2f und Lienhard 2002: 1168).

2.3 Die Zulässigkeit der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf private Organisationen

Die Rechtsetzung als Staatsfunktion lässt sich laut Müller (1999: 9) allgemein umschreiben als "vorwegnehmend-distanzierte, generalisierende Regelung oder Programmierung einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle, als Schaffung von Ordnungsmustern für wiederholbares künftiges Geschehen oder von Modellen für zwischenmenschliches Verhalten." Waldmann (2005: 228) und Brunner (1982: 29f) verstehen unter Rechtsetzung den Vorgang, aus dem unmittelbar verbindliche und generell-abstrakte Normen hervorgehen, die den Bürger verpflichten bzw. berechtigen oder Organisatorisches und Verfahren festlegen.

Nicht zur Rechtsetzung zählt der Einfluss von privaten Verbänden oder Interessengruppen im Gesetzgebungsprozess. Ebenso wenig gehören "allgemeine Geschäftsbedingungen" dazu, welche dem Privatrecht unterstehen. Obschon sich ein Vertragspartner solchen AGB's meist widerspruchslos unterwirft, fehlt ihnen im vorliegenden Zusammenhang ein konstitutives Element: der hoheitliche Charakter. Die Beteiligten stehen sich nicht in einem gesetzlich begründeten Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung gegenüber. Es liegt kein staatlicher Auftrag zur Setzung allgemeiner Normen vor und der Staat stattet die privaten Regelungen auch nicht mit zwingendem Charakter aus (vgl. Brunner 1982: 30ff).

Rechtsetzung ist eine hoheitliche Befugnis, die dem Staat ermöglicht, ohne Zustimmung der direkt Betroffenen einseitige generell-abstrakte Regelungen zu treffen, welche grundsätzlich für alle auf seinem Territorium lebenden Einwohner verbindlich sind. Diese Befugnis kommt im Prinzip nur dem Staat zu, weshalb vom Gesetzgebungs- bzw. Rechtsmonopol des Staates die Rede ist (vgl. Marti 2000: 565). Können vor diesem Hintergrund überhaupt Rechtsetzungsbefugnisse auf Private übertragen werden?

Nach herrschender Lehre ist gestützt auf Art. 164 Abs. 2 BV und Art. 178 Abs. 3 BV allgemein anerkannt, dass Rechtsetzungsbefugnisse auch an private Organisationen übertragen werden können (vgl. Rhinow 2003: Rz. 2497; Häfelin/Haller 2001: Rz. 1890). Auch wenn die Bundesverfassung dies nicht explizit vorsieht, lässt sich immerhin der Erlass von untergeordneten Regelungen unter den in Art. 178 Abs. 3 BV verwendeten Begriff der "Verwaltungsaufgaben" subsumieren (vgl. Rhinow 2003: Rz. 2497).

Die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen auf Private bedingt eine Grundlage in einem formellen Gesetz und beschränkt sich auf Fragen untergeordneter, vor allem technischer Natur. Es dürfen daraus keine neuen materiellen Pflichten entstehen. Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen müssen in Gesetzesform erlassen werden (Art. 164 Abs. 1 BV; vgl. Bundesamt für Justiz 2002: 330; Waldmann 2005: 230f). Dabei "kann nicht ein für alle Mal gesagt werden, welche Regelungen so bedeutend sind, dass sie im formellen Gesetz enthalten sein müssen und wie detailliert die gesetzliche Normierung sein muss. Massgebend sind die Umstände im Einzelfall. Allgemein gelten eher strenge Anforderungen, wo es um eine Einschränkung von Grundrechten oder um die Schaffung von öffentlichrechtlichen Pflichten geht, wobei die Natur und die Schwere des Eingriffs bzw. der Verpflichtung mit zu berücksichtigen sind" (BGE I 113ff).

Zur Sicherstellung der Rechtskonformität müssen private Regelungen überdies durch die staatliche Aufsichtsbehörde genehmigt werden (Marti 2000: 570 und Häfelin/Haller 2001: Rz. 1890).

2.4 Erscheinungsformen und Beispiele privater Rechtsetzungsbefugnisse

Es gibt verschiedene Formen, privaten Organisationen und Institutionen Rechtsetzungsbefugnisse zu übertragen. In der Literatur werden folgende Kategorien unterschieden (vgl. Häfelin/Haller 2001: 552; Waldmann 2005: 230f; Marti 2000: 565ff; Brunner 1982: 110ff):

- **Verweisung:** Mittels Verweisung auf private Normen wird privaten Organisationen eine direkte Normsetzungsbefugnis übertragen. Es sind dies vorwiegend Bereiche mit ausgeprägt technischem Charakter, deren Regelung einer relativ häufigen Anpassung an die technische und wissenschaftliche Entwicklung bedürfen. Beispiel: Die Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen vom 7.11.2001 (NIV; SR 734.27) verweist auf technische Normen privater Verbände (SNV). Private Normenwerke werden durch die Verweisung nicht zu staatlichem Recht. Sie behalten grundsätzlich ihren privaten Charakter (vgl. Bundesamt für Justiz 2002: 350; Brunner 1982: 32). Verweisungen sind in der Regel statisch und beziehen sich auf eine bestimmte Fassung des Verweisungsobjektes. Kritisch werden dynamische Verweisung beurteilt, welche auf die "jeweils geltende Fassung" einer Norm Bezug nehmen. Das Bundesamt für Justiz erachtet in seinem Gesetzgebungsleitfaden (2002: 352) dynamische Verweisungen, welche einer "Blankovollmacht" für die Zukunft gleichkämen, als grundsätzlich unzulässig (vgl. auch für Deutschland:

Bachmann 2002: 12). Das Bundesgericht hingegen hat das Genfer Transplantationsgesetz für verfassungsmässig befunden, das für die Bestimmung des Zeitpunktes des Todes auf die - jeweils gültigen - Richtlinien der Schweizerischen Akademie für medizinische Wissenschaften verweist (vgl. BGE 123 I 112ff; Rüetschi 2002: 245f). Auch der Bundesrat setzt sich gelegentlich über die Rechtsauffassung seines Bundesamtes für Justiz hinweg und sieht in seinen Verordnungen dynamische Verweise auf technische Normen privater Organisationen vor (Beispiele bei Müller 1999: 170).

- **Allgemeinverbindlicherklärung privater Normen:** Gesamtarbeits- und Rahmenmietverträge erhalten mit der Allgemeinverbindlicherklärung auch Wirkung für Personen, die nicht Mitglied der beteiligten Verbände sind (Art. 109 Abs. 2 und Art. 110 Abs. 2 BV; vgl. Waldmann 2005: 230; Marti 2000: 567; Häfelin/Haller 2001: 552).
- **Delegation staatlicher Verordnungskompetenz auf private Berufs- und Branchenverbände:** Besonders im Berufsbildungsrecht werden eigentliche staatliche Verordnungskompetenzen an private Organisationen delegiert (vgl. Häfelin/Haller 2001: 552; Marti 2000: 567f). Art. 28 des Berufsbildungsgesetzes (BBG) hält beispielsweise fest: "Die zuständigen Organisationen der Arbeitswelt regeln die Zulassungsbedingungen, Lerninhalte, Qualifikationsverfahren, Ausweise und Titel. Sie berücksichtigen dabei die anschliessenden Bildungsgänge. Die Vorschriften unterliegen der Genehmigung durch das Bundesamt."
- **Staatlich gesteuerte Selbstregulierung:** Das Wesen der staatlich gesteuerten Selbstregulierung besteht darin, dass der Staat in einem bestimmten Sachbereich nur Rahmenbedingungen bezüglich Verhaltens- und Produktanforderungen festschreibt. Die Konkretisierung und Umsetzung wird anschliessend an private Wirtschaftsverbände, Fachvereinigungen u. ä. delegiert. Die von den Privaten getroffenen Selbstregulierungsmassnahmen sind privatrechtlicher Natur. Der Staat kann die Selbstregulierung auf unterschiedliche Art und Weise steuern: Durch gesetzliche Ermächtigung mit Genehmigungspflicht, durch Festlegen der Rahmenbedingungen, durch "Drohung" mit staatlicher Ersatzregulierung für den Fall, dass das gewünschte Ziel mit der Selbstregulierung nicht erreicht wird, oder indem er die von Privaten erarbeiteten Regelungen verbindlich erklärt. Staatlich gesteuerte Selbstregulierung entspricht dem Gewährleistungsmodell und der von NPM geforderten finalen Rechtsetzung. Der wachsenden Komplexität der Regelungsmaterien kann auf diese Weise wirksam begegnet werden (vgl. Müller 1999: 43ff; Marti 2000: 568; Häfelin/Haller 2001: 552). Beispiele staatlich gesteuerter Selbstregulierung finden sich vor allem im Umwelt- und Energierecht. Art. 41 lit. a Abs. 3 des Umweltschutzgesetzes (USG) sieht beispielsweise vor, dass Bund und Kantone vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften freiwillige Massnahmen der Wirtschaft prüfen, welche soweit möglich und notwendig in das Ausführungsrecht übernommen werden sollen. Laut Art. 3 ff des Börsengesetzes (BEHG) ist die ausreichende Selbstregulierung Voraussetzung für die Erteilung einer Betriebsbewilligung (vgl. Lienhard 1999: 19).

2.5 Chancen und Gefahren bei der Übertragung von Staatsaufgaben und Rechtsetzungsbefugnissen auf Private

Nach dem modernen Verständnis des Gewährleistungsstaates hat die Auslagerung von Staatsaufgaben auf Private generell zum Ziel, den **Staat zu entlasten** und die **Aufgabenerfüllung zu verbessern**. Er soll weniger intervenieren und vermehrt Voraussetzungen schaffen, dass bestimmte Leistungen erbracht und die damit korrespondierenden Ziele erreicht werden. Durch den Einbezug von Privaten erhöht der Staat überdies die Akzeptanz und damit die Wirksamkeit des Rechts (vgl. Müller 1999: 6 und 45f; Marti 2000: 579).

Private einzubeziehen eröffnet eine ganze Reihe von weiteren **Vorteilen und Chancen**, von denen hier drei hervorgehoben werden sollen:

- Mobilisierung von **Sachverstand**: Die regelungsbedürftige Materie wird zunehmend komplexer oder hochspeziell. Sie zwingt dazu Fachwissen zu erschliessen, über das oft nur die betroffenen Privaten verfügen. Fachleute aus der Wirtschaft, Wissenschaft, Technik und weiteren Bereichen werden nicht nur - wie bei der staatlichen Gesetzgebung - angehört (Vernehmlassung) oder zur Mitwirkung beigezogen (Expertenkommissionen), sondern können selbst die erforderlichen Regeln erlassen. Damit kann ein hoher Regulierungsstandard sichergestellt werden (z. B. im Finanzmarktrecht oder Medizinalrecht; vgl. Marti 2000: 578). Der spezifische Sachverstand Privater ist zwar kein hinreichender Grund, wohl aber die Voraussetzung für die Auslagerung (vgl. Brunner 1982: 115).
- Höhere **Flexibilität**: Im Unterschied zum langwierigen staatlichen Gesetzgebungsverfahren können Private ihre Normen viel schneller den neusten Erkenntnissen und Entwicklungen in Wirtschaft, Wissenschaft und Technik anpassen. Innovative Lösungen lassen sich rascher und einfacher verwirklichen. Im Zuge von NPM treten als Konditionalprogramm formulierte Gesetze gegenüber final programmierten Steuerungsgesetzen in den Hintergrund. Hohe Spezialisierung und Flexibilität bzw. Anpassungsfähigkeit sind Voraussetzung dafür, dass beispielsweise Normen im Umweltrecht oder Sicherheitsvorschriften dem Stand der Entwicklung entsprechen (vgl. Brunner 1982: 118; Marti 2000: 578).
- Der Staat ist in manchen Fällen auf die **Kooperation** der Regelungsadressaten angewiesen: Die Steuerungsfähigkeit des Staates ist nur effektiv, wenn die Betroffenen, insbesondere Wirtschaftskreise, ihre Mitwirkung nicht versagen. Verschiedene Wirtschafts- und andere Verbände haben in der Schweiz Referendumsmacht; ergo kann der Staat nur in Kooperation mit ihnen wirksam intervenieren (Brunner 1982: 116f).

Die Liste der Vorteile von Auslagerungen liesse sich beliebig fortsetzen. Eine Auswahl in Stichworten soll die gemachten Ausführungen ergänzen (vgl. Lienhard 2002: 1166; Lienhard 2005: 392):

- Trennung zwischen politischer und betrieblicher Einflussnahme
- höhere Eigenverantwortung
- bessere Kundenorientierung
- Optimierung der Wettbewerbsfähigkeit

- eigene Rechnungsführung / Finanzierungsmöglichkeiten
- Kooperations- / Allianzfähigkeit
- Bildung von Tochtergesellschaften
- Option im Hinblick auf einen Rückzug des Staates aus der eigenen Leistungserstellung
- Möglichkeit personalrechtlicher, haftungsrechtlicher und steuerrechtlicher Sonderregelungen.

Mit Auslagerungen bzw. ausgelagerter Rechtsetzung können aber auch **Nachteile und Gefahren** verbunden sein:

- **Demokratiedefizit und fehlende Transparenz:** Normen privater Organisationen sind oft weniger demokratisch und transparent als staatliche Vorschriften, da sie meist von Dachorganisationen mit besonderen Entscheidungsstrukturen geschaffen werden. Bei Selbstregulierungen werden häufig bewusst nicht alle betroffenen Akteure einbezogen. So sind z. B. Umweltschutzorganisationen an den Branchenvereinbarungen im Umwelt- und Energierecht und bei der technischen Normung nicht beteiligt. Selbstregulierungen privater Organisationen werden in aller Regel nicht in leicht zugänglichen, zentralen staatlichen Publikationsorganen und Rechtssammlungen veröffentlicht. Positiv hervorzuheben ist die Praxis der SNV, welche die Entwürfe neuer technischer Normen publiziert und Gelegenheit zur Einsprache gibt (vgl. Marti 2000: 580; Müller 1999: 46). Gleiches gilt für die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, welche ihre medizinisch-ethischen Richtlinien erst nach einem allen Interessierten offen stehenden Vernehmlassungsverfahren beschliesst.
- **Vernachlässigung des öffentlichen Interesses:** Private können versucht sein, in erster Linie ihre eigenen Interessen bzw. diejenigen ihrer Mitglieder zu berücksichtigen, zulasten derjenigen der Öffentlichkeit.
- Damit eng im Zusammenhang stehen **einseitige Machtausübung und kartellistische Absprachen:** Private Normsetzer vernachlässigen unter Umständen rechtsstaatliche Grundsätze, namentlich das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV). Oder sie können ihre Befugnisse zur Verhinderung von Wettbewerb missbrauchen.
- **Rechtsschutzdefizit:** Auch der Rechtsschutz ist im privaten Bereich tendenziell weniger ausgebaut als bei der staatlichen Gesetzgebung. Oft können Anwendungsakte, die auf privatrechtlichen Regelungen beruhen, nicht mit öffentlichrechtlichen Rechtsmitteln angefochten werden (vgl. Lienhard 2005: 393).
- **Know-How Verlust beim Staat:** Wenn die Detailregelungen nicht mehr von staatlichen Behörden erarbeitet, sondern nur noch genehmigt werden, ist zwar die gewünschte Entlastung des Staates erreicht, allerdings auf Kosten des Sachverständes der öffentlichen Hand. Mangelnder Sachverstand kann insbesondere die Qualität der staatlichen Aufsicht über die Privaten ernsthaft in Frage stellen.
- **Komplizierte und unübersichtliche Regelung:** Obwohl mit der Förderung von Selbstregulierungen zumindest eine teilweise Deregulierung angestrebt wird, besteht wegen mangelndem gesetzestechnischem Know-how der Privaten die Gefahr, dass ein undurchsichti-

ger Dschungel von Normen entsteht. Auf der anderen Seite tragen übertriebene staatliche Anforderungen das ihre bei zu einem regulatorischen "Overkill" (vgl. Marti 2000: 583).

- **Mangelnde Wirksamkeit und Effizienz:** Ohne klare und kontrollierbare Zielvorgaben mit Leistungsaufträgen und Erfolgskontrollen werden Private die übertragenen Aufgaben nicht immer effizient und effektiv umsetzen. Als positives Beispiel erwähnt Marti (2000: 584) die Selbstregulierungsmassnahmen im Energie- und CO₂-Gesetz.

Bei der konkreten Ausgestaltung des Einbezugs Privater muss dem Spannungsverhältnis zwischen wirkungsorientierter Effizienz und rechtsstaatlicher Demokratie durch eine umfassende Interessenabwägung Rechnung getragen werden. Mit einer entsprechenden Steuerung, insbesondere mittels Umschreibung der Ziele und Festlegung der Verfahren im formellen Gesetz, kann den beschriebenen Gefahren weitgehend entgegengewirkt werden. Der Staat tritt nicht als Regulator, sondern primär als Moderator auf, indem er nicht inhaltlich, sondern prozessual steuert (vgl. Müller 1999: 46; Lienhard 2005: 393f).

In jedem Fall muss sichergestellt werden, dass dort, wo der Staat Aufgaben an private Organisationen auslagert, die Grundpfeiler des Rechtsstaates nicht unterminiert werden und die Interessen der betroffenen Bürger gewahrt bleiben. Gerade bei der Übertragung von hoheitlichen Rechtsetzungsbefugnissen kommt dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzips - und damit auch den Grundrechten und den Grundsätzen des Verwaltungsrechts - hervorragende Bedeutung zu. Die Wahrung der Rechtsgleichheit etwa kann ein ernst zu nehmendes Hindernis für Auslagerungen darstellen, da Wettbewerb und Konkurrenz, die man mit dem Einbezug Privater erreichen will, den Rechtsschutz verzerren können (vgl. Proeller 2002: 95).

2.6 Aufsicht über private Organisationen, welche Staatsaufgaben wahrnehmen

Die Aufsicht des Bundesrates über die Bundesverwaltung ist wesentlicher Bestandteil der Regierungsfunktion. Die Aufsicht über die Zentralverwaltung ist grundsätzlich umfassend und beinhaltet weit reichende Kontroll-, Weisungs- und Selbsteintrittsrechte (Lienhard 2005: 190).

Anders verhält es sich bei ausgelagerten Verwaltungsbereichen, welche regelmässig eine hohe Autonomie, d. h. administrative Selbständigkeit geniessen. Mit zunehmender Autonomie (vgl. Abbildung 2) nimmt die Intensität der Aufsicht tendenziell ab. Allerdings muss der Bundesrat als oberste leitende und vollziehende Behörde auch bei ausgelagerten Verwaltungsbereichen hinreichende Lenkungsmöglichkeiten innehaben (vgl. Lienhard 2005: 190).

Gemäss Art. 187 Abs. 1 lit. a BV beaufsichtigt der Bundesrat neben der Bundesverwaltung auch die "anderen Träger von Aufgaben des Bundes". Konkretisiert wird diese Kompetenz in Art. 8 Abs. 4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG): Der Bundesrat beaufsichtigt nach Massgabe der besonderen Bestimmungen die dezentralisierten Verwaltungseinheiten und die Träger von Verwaltungsaufgaben des Bundes, die nicht der Bundesverwaltung angehören.

Welche Aufsichtsinstrumente bei privaten Organisationen zur Anwendung gelangen, ist dem jeweiligen Spezialgesetz zu entnehmen. In den betreffenden Erlassen sind die einzelnen Aufsichtsmittel meistens mehr oder weniger ausführlich normiert (vgl. die vollständige Übersicht in VPB 54 1990, Nr. 36, III Ziffer 2).

3 Die Regelung der Weiterbildung der Medizinalberufe

3.1 Grundlagen

3.1.1 Die Regelung der ärztlichen Weiterbildung als Staatsaufgabe

Der **Bildungsbereich** ist einer der grossen Ausgabenposten der öffentlichen Hand. Bund, Kantone und Gemeinden investieren zusammen jährlich über 25 Milliarden Franken in diesen wichtigen Aufgabenbereich (Quelle: eidg. Finanzverwaltung). Das komplexe Bildungssystem der Schweiz mit seiner Vielzahl von beteiligten Akteuren und ihren unterschiedlichen Rollen und Kompetenzen ist Ausdruck des gelebten Föderalismus.

Mit Art. 63 Abs. 1 BV verfügt der Bund über eine umfassende Regelungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Kraft auf dem gesamten Gebiet der **Berufsbildung** (vgl. Ehrenzeller u. a. 2002: 762). Gestützt darauf hat der Bund das Berufsbildungsgesetz (BBG) erlassen, das die Berufsbildung als gemeinsame Aufgabe von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt versteht (vgl. Art. 1 Abs. 1 BBG). Das BBG reglementiert zwar praktisch alle Berufsbereiche, allerdings unter Ausschluss der universitären Studiengänge (vgl. Art. 2 BBG). Für jeden im BBG geregelten Beruf existiert eine Bildungsverordnung, welche die Ziele und Anforderungen der jeweiligen Ausbildung detailliert umschreibt.

Allein die Statuierung als Bundeskompetenz in Art. 63 Abs. 1 BV macht deutlich, dass die Berufsbildung generell eine **Staatsaufgabe** darstellt (vgl. Ehrenzeller u. a. 2002: 760ff). Die Kompetenz muss aber vom zuständigen Gemeinwesen effektiv wahrgenommen werden, um sich als Staatsaufgabe zu qualifizieren (vgl. Ziffer 2.1). Auf die Regelung der **ärztlichen Weiterbildung** trifft dies erst seit der Totalrevision des Freizügigkeitsgesetzes des Medizinalpersonals (FMPG) zu (vgl. Ziffer 3.1.2). Der Bundesrat spricht in der Botschaft zum FMPG denn auch ausdrücklich von einer neuen Bundesaufgabe (zu deren Erfüllung private Organisationen beigezogen werden; vgl. BBl 1999, S. 6375 und 6378).

3.1.2 Das Freizügigkeitsgesetz (FMPG)

Seit 1877 gewährleistet das FMPG die gesamtschweizerische Freizügigkeit der vier klassischen Medizinalberufe in der Humanmedizin, Zahnmedizin, Veterinärmedizin und Pharmazie: Wer an einer der fünf Universitäten das Studium (Ausbildung) abgeschlossen und ein eidgenössisches Diplom erworben hatte, war zur selbständigen Ausübung des jeweiligen Berufes auf dem ganzen Gebiet der Schweiz berechtigt. Die an das Studium anschliessende Weiterbildung zu einem Facharzttitel war ursprünglich freiwillig; die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) als gesamtschweizerischer Berufsverband regelte die Weiterbildung im privatrechtlichen Rahmen, ohne staatliche - auch nicht kantonale - Vorgaben.

Mit der auf den 1. Juni 2002 in Kraft gesetzten Totalrevision des FMPG verfolgte der Bund nicht nur das Ziel, das Abkommen über den freien Personenverkehr mit der EU im Bereich

der **gegenseitigen Anerkennung für die medizinischen Berufe** umzusetzen. Gleichzeitig wollte er auch die Qualität der medizinischen Versorgung durch die Einführung eines **Weiterbildungsobligatoriums** fördern (vgl. Botschaft zum FMPG: BBl 1999, S. 6368ff).

Seither müssen Ärztinnen und Ärzte, welche in der Schweiz eine selbständige Tätigkeit ausüben wollen, zusätzlich zu ihrem Universitätsdiplom einen eidgenössischen Weiterbildungs- bzw. Facharzttitel erwerben (Art. 11 Abs. 2 FMPG). Sie müssen dafür eine Weiterbildung absolvieren, die einem von 44 von der FMH geregelten Programmen entspricht (z. B. Facharzt für Innere Medizin; vgl. Anhang zur WBO und Anhang zur WBV).

Interessanterweise nimmt das FMPG im Ingress, wie übrigens auch das Anwaltsgesetz (BGFA), nicht Bezug auf den Berufsbildungsartikel in der Bundesverfassung. Beide Erlasse stützen sich auf Art. 95 BV, der den Bund in Absatz 1 ermächtigt, Vorschriften über die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit zu erlassen, aber in Absatz 2 auch verpflichtet, die Freizügigkeit aller Berufe mit eidgenössischem, kantonalem oder kantonally anerkanntem Ausbildungsabschluss zu gewährleisten (vgl. Ehrenzeller u. a. 2002: 1044; Botschaft zum FMPG: BBl 1999, S. 6436; Botschaft zum BGFA: BBl 1999, S. 6076). Beim FMPG und insbesondere beim Weiterbildungsobligatorium für Ärztinnen und Ärzte stehen also nicht bildungspolitische, sondern wirtschafts- bzw. gesundheitspolizeiliche und wettbewerbsorientierte Gesichtspunkte im Vordergrund.

Nicht auf Art. 95 BV stützen lässt sich indes nach Meinung des Bundesrates die Kompetenz des Bundes, private Organisationen für die Regelung der ärztlichen Weiterbildung beizuziehen. Diese Kompetenz lasse sich allein aus Art. 63 Abs. 1 BV herleiten (Botschaft zum FMPG: BBl 1999, S. 6436).

3.2 Die Akkreditierung nach FMPG als Modell für das Konzept des Gewährleistungsstaates

Der Staat kann öffentliche Aufgaben mit den verschiedensten Organisationsformen wahrnehmen; das Spektrum der institutionellen Wahlmöglichkeiten ist entsprechend vielfältig (vgl. Ziffer 1.1 und 2.1). Im Modell des Gewährleistungsstaates bleibt dem Gemeinwesen aber in jedem Fall die Gewährleistungsverantwortung für die Erbringung der staatlichen Aufgabe. Je nach strategischer Relevanz der öffentlichen Aufgabe muss er die Leistungserstellung nicht selber anbieten, sondern kann die Finanzierungs- und Vollzugsverantwortung anderen Trägerschaften übertragen und sich auf seine Steuerungs- und Überwachungsfunktion beschränken (vgl. Reichard 1998: 141).

Die ärztliche Weiterbildung ist ein Modellbeispiel für das Konzept des Gewährleistungsstaates. Das FMPG und die dazugehörige Weiterbildungsverordnung (WBV) beschränken sich auf die Regelung der **Grundsätze und Verfahren:**

- Der Bundesrat legt fest, in welchen Fachgebieten eidgenössische Weiterbildungstitel erteilt werden und wie lange die Weiterbildung zu einem Titel dauert (vgl. Art. 7 Abs. 2 und 9 FMPG sowie Anhang 1 WBV).
- In Art. 6 WBV definiert er die allgemeinen Ziele der Weiterbildung.
- Er formuliert Prinzipien zur Teilzeitweiterbildung und zur Anrechenbarkeit von ausländischer Weiterbildung (Art. 9 Abs. 2 FMPG und Art. 7 WBV).
- In Art. 11 Abs. 3 FMPG sowie Art. 5 WBV ist die Verwendung / Ausschreibung der eidgenössischen Weiterbildungstitel bzw. deren Schutz geregelt.
- Art. 10 FMPG behandelt die Anerkennung ausländischer Weiterbildungstitel und setzt in diesem Punkt das Abkommen über den freien Personenverkehr um (vgl. Botschaft zum FMPG: BBl 1999, S. 6373).
- In Art. 12ff FMPG sind die Kriterien für die **Akkreditierung des Weiterbildungsprogramms** sowie das diesbezügliche Verfahren festgehalten. Akkreditierung bedeutet in diesem Zusammenhang an sich nichts anderes als die Anerkennung oder Genehmigung der generell abstrakten Normen, welche die Voraussetzungen zum Erwerb eines Weiterbildungstitels regeln.
- Art. 16ff FMPG beschreiben die Aufgaben und Kompetenzen des **Weiterbildungsausschusses**, einer eidgenössischen Expertenkommission, welche das für die Akkreditierung zuständige EDI berät.
- Art. 20 FMPG statuiert schliesslich die Zuständigkeit der **eidgenössischen Rekurskommission**, welche über sämtliche Beschwerden entscheidet, die gegen Verfügungen der Trägerorganisation erhoben werden.

Die konkrete Regelung hingegen

- der **Anforderungen und Inhalte** für jeden Facharztstitel
- der **Anerkennung der Anbieter** der Weiterbildung (Kliniken, Spitäler, Arztpraxen)
- der **Qualitätssicherungsinstrumente**
- des **Prüfungswesens**

und vieles mehr ist Sache des zuständigen (privatrechtlichen) Trägerorganisation - im Falle der ärztlichen Weiterbildung Sache der FMH. Das "akkreditierte Weiterbildungsprogramm" im Sinne des FMPG umfasst für den Arztberuf die Weiterbildungsordnung mit den allgemeinen Grundsätzen und Vorgaben sowie die einzelnen 44 Spezialistenprogramme, welche die fachspezifischen Voraussetzungen zum Erwerb jedes einzelnen Titels festlegen (vgl. FMH 2006/1).

Damit ein privater Berufsverband überhaupt in der Lage ist, solche hoheitlichen Aufgaben umzusetzen, hat das FMPG die Trägerorganisation in Art. 19 mit **Verfügungskompetenzen** im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) ausgestattet. Das Zusammenspiel aller an der ärztlichen Weiterbildung beteiligten Bundesinstanzen und FMH-Organen sowie ihre Zuständigkeiten sind im Organigramm in Anhang 1 dargestellt und beschrieben.

Dem Gewährleistungsmodell entsprechend hat der Bund damit praktisch die ganze Vollzugs- und Finanzierungsverantwortung an die verantwortliche Trägerorganisation delegiert. Abge-

sehen von den Aufwendungen für den Weiterbildungsausschuss und die Rekurskommission (vgl. Anhang 1) fallen dem Bund überhaupt keine Kosten an. Die FMH ist somit gezwungen, Ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit der Regelung und Umsetzung der ärztlichen Weiterbildung über Gebühren zu finanzieren (vgl. Hänggeli 2002: 1167). Das jährliche Budget bewegt sich um die 4 Millionen Franken, wobei viele ehrenamtlich geleistete Tätigkeiten darin nicht enthalten sind (vgl. Hänggeli 2005: 1187ff).

Im erweiterten Vierkreismodell (vgl. Abbildung 2) gehört die FMH als private Trägerorganisation zum äussersten Kreis: Die FMH ist nicht vom Bund errichtet und nimmt im Sinne der Aufgabenprivatisierung öffentliche Aufgaben wahr (vgl. Ziffer 2.1). Die Stellung entspricht in etwa derjenigen eines Konzessionärs (vgl. Daeniker 2000: 61f).

Der Bund behält seine **Steuerungs- und Überwachungsfunktionen**: Über das Instrument der Akkreditierung kann das EDI sehr direkt auf allfällige unerwünschte Regelungen Einfluss nehmen, indem es entweder die Akkreditierung für einzelne im Programm geregelte Titel nicht erteilt, oder die Akkreditierung mit Auflagen verknüpft (vgl. Art. 14 FMPG).

Eine zusätzliche **Aufsicht bzw. Kontrolle** der hoheitlichen Tätigkeit der privatrechtlichen Berufsorganisation besteht im übrigen darin, dass jede Entscheidung der FMH mindestens bei der eidgenössischen Rekurskommission angefochten werden kann. Entscheide im Zusammenhang mit der Erteilung von Weiterbildungstiteln können sogar bis an das Bundesgericht weitergezogen werden (vgl. Anhang 1).

3.3 Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an die FMH

3.3.1 Einordnung in die verschiedenen Erscheinungsformen

Betrachtet man die verschiedenen Erscheinungsformen und Beispiele privater Rechtsetzungsbefugnisse (vgl. Ziffer 2.4), fällt auf, dass die im FMPG verwendete Konstruktion der "Akkreditierung eines Weiterbildungsprogramms" in keine Kategorie so richtig hineinpasst:

- Eine reine **Verweisung** ist es nicht, da die Akkreditierung (= Genehmigung) des Weiterbildungsprogramms beantragt werden muss und das Programm erst nach dem Akkreditierungsentscheid des EDI Rechtswirkungen entfaltet. Eine Gemeinsamkeit mit dynamischen Verweisungen besteht allerdings darin, dass die private Trägerorganisation das einmal akkreditierte Programm autonom ändern kann, ohne dass die Revision vorgängig genehmigt werden muss (Art. 15 Abs. 1 FMPG) - wobei das EDI (nachträglich) Auflagen verfügen kann, falls die autonome Revision den Akkreditierungskriterien zuwiderläuft (Art. 15 Abs. 2 FMPG).
- Parallelen zur **Allgemeinverbindlicherklärung** bestehen insofern, als die Normen des akkreditierten Weiterbildungsprogramms nicht nur für die Mitglieder der Trägerorganisation FMH, sondern für alle Ärztinnen und Ärzte gelten, die ihren Beruf selbständig ausüben wollen.

- Auch eine klassische **Delegation staatlicher Verordnungskompetenz** liegt aufgrund des vorgängig durchzuführenden Akkreditierungsverfahrens nicht vor.
- Am ehesten kann man von **staatlich regulierter Selbststeuerung** sprechen. Der Kern staatlich regulierter Selbststeuerung besteht darin, dass der Staat in einem bestimmten Sachbereich nur die Rahmenbedingungen und Ziele vorgibt; die Umsetzung und Konkretisierung überlässt er anschliessend den Privaten.

3.3.2 Rechtsnatur und Verbindlichkeit des akkreditierten Weiterbildungsprogramms

Mit dem Akkreditierungsverfahren will der Bund sicherstellen, dass die Qualität der ärztlichen Weiterbildung laufend verbessert wird (Botschaft zum FMPG: BBl 1999, S. 6381). Dies wird hauptsächlich mit der für Akkreditierungsverfahren üblichen Kombination von Selbstevaluation der Trägerorganisation und Fremdevaluation durch unabhängige Experten erreicht. Das alle sieben Jahre stattfindende Akkreditierungsverfahren (Art. 14 Abs. 4 FMPG) zwingt die Trägerorganisation zu einer regelmässigen und gründlichen Überprüfung der Qualität ihres Weiterbildungsprogramms. Als Instrument der Qualitätsförderung hat sich die Akkreditierung vor allem in den angelsächsischen Ländern seit vielen Jahren bewährt (Botschaft zum FMPG: BBl 1999, S. 6382).

In der Schweiz ist die Akkreditierung im Sinne des FMPG eine neuartige Form der Übertragung von öffentlichen Aufgaben bzw. Rechtsetzungsbefugnissen auf Private (vgl. VPB 68 2003, Nr. 29, Ziffer 2.2.2, 2. Absatz). Zur **Rechtsnatur** des akkreditierten Weiterbildungsprogramms äussert sich der **Bundesrat** in seiner Botschaft wie folgt (BBl 1999, S. 6382): "...wird die Rechtsnatur des Weiterbildungsträgers und seines Weiterbildungsprogramms an sich nicht geändert: der private Weiterbildungsträger wird nicht zur öffentlich-rechtlichen Körperschaft; seine Befugnis zum Erlass eines Weiterbildungsprogramms beruht weiterhin auf dem Privatrecht und nicht auf einer gesetzlichen Delegation öffentlich-rechtlicher Rechtsetzungskompetenzen." Und weiter: "Bei dieser Sorte von Entscheiden [gemeint: Entscheide über Titelerteilung] werden zwecks Kontrolle durch die eidgenössische Rekurskommission (Art. 20) die anwendbaren Bestimmungen des Weiterbildungsprogramms ausnahmsweise als öffentlich-rechtliches Bundesrecht behandelt (BBl 1999, S. 6388).

Erstaunlicherweise spricht die **eidgenössische Rekurskommission** für medizinische Aus- und Weiterbildung (REKO MAW) dem autonomen Recht der FMH jeglichen Rechtsatzcharakter ab, da die Akkreditierung nicht die Befugnis verleihe, hoheitliche generell-abstrakte Normen zu erlassen. "Die Verletzung von Vorschriften der FMH stellt aus dieser Sicht keine Rechtsverletzung dar, die mit der Verwaltungsbeschwerde an die REKO MAW gerügt werden könnte" (Entscheid MAW 03.010 vom 21. Juni 2003, publiziert in VPB 68 2003, Nr. 29, Ziffer 2.2.1, 2. Absatz). Die in Art. 13 FMPG vorgesehene Aufgabenübertragung und die in Art. 19 FMPG enthaltene Verfügungskompetenz der Trägerorganisation beschlage nur die Rechtsanwendung und nicht die Rechtsetzung (VPB 68 2003, Nr. 29, Ziffer 2.2.1, 3. Absatz). Schliesslich schwenkt die REKO MAW aber doch noch auf die Linie des Bundesrates ein und stellt fest, dass das von der FMH gesetzte Recht in Beschwerdeverfahren "in analogiam" als

öffentliches Recht des Bundes zu behandeln sei (VPB 68 2003, Nr. 29, Ziffer 2.2.2, 1. Absatz)!

In der Tat leuchtet nicht ein, warum mit dem Akkreditierungsverfahren nicht Rechtsetzungsbefugnisse auf Private übertragen werden. Die dazu notwendigen Voraussetzungen, wie gesetzliche Grundlage und Genehmigung durch eine Bundesbehörde (vgl. Ziffer 2.3), sind mit dem FMPG und dem konkreten Akkreditierungsentscheid des EDI erfüllt. Die Weiterbildungsordnung der FMH mit den dazugehörigen 44 Programmen besteht vorwiegend aus generell-abstrakten Normen, welche einerseits für alle Ärztinnen und Ärzte gelten, die einen Weiterbildungstitel erwerben wollen, und andererseits auch für alle Weiterbildungsstätten verbindlich sind, welche eine Anerkennung als Anbieter der Weiterbildung wünschen. Dass es sich dabei um öffentliches Recht des Bundes handelt, geht allein schon aus Art. 5 VwVG hervor, andernfalls könnte die FMH gar keine Verfügungen im Sinne des VwVG erlassen.

Die REKO MAW blendet im Übrigen die Tatsache aus, dass der Weiterbildungstitel die entscheidende Voraussetzung für den Erhalt der kantonalen Berufsausübungsbewilligung ist. Diese Polizeibewilligung knüpft mit anderen Worten direkt an das akkreditierte Weiterbildungsprogramm. Es ist deshalb undenkbar, dass dem Weiterbildungsprogramm nur Rechtsanwendungs- und nicht Rechtsatzcharakter zukommt.

Das im Rahmen des Akkreditierungsverfahrens von der FMH gesetzte Recht ist inhaltlich letztlich nichts anderes, als was der Bundesrat bzw. das Bundesamt gestützt auf das BBG für alle dort geregelten Berufen an Verordnungen erlässt. Unbestrittenermassen handelt es sich bei diesen Erlassen (Berufsbildungsverordnungen) ausnahmslos um Rechtssätze.

Was die **Verbindlichkeit** des akkreditierten Weiterbildungsprogramms der FMH gegenüber Dritten angeht, wird diese von der REKO MAW nicht in Frage gestellt - auch wenn die Formulierung, wonach sich "die Wirkungen des autonomen Rechts der Trägerorganisationen denjenigen von generell-abstrakten Rechtssätzen" (VPB 68 2003, Nr. 29, Ziffer 2.2.2, 3. Absatz) annähern, zögerlich ausfällt.

3.3.3 Chancen und Gefahren des Akkreditierungsmodells

Wie erwähnt bezweckt das Akkreditierungssystem, die Qualität der ärztlichen Weiterbildung zu erhalten und zu steigern, und zwar mit möglichst wenigen Eingriffen und ohne dass eine Vielzahl detaillierter staatlicher Regelungen geschaffen werden muss (Botschaft zum FMPG: BBl 1999, S. 6382).

Diese doppelte Zielsetzung ist exakt auf das Modell des Gewährleistungsstaates zugeschnitten (vgl. Ziffer 2.5 und 3.2): Der Staat wird wirksam entlastet, indem er sich auf die Steuerung und Überwachung der privaten Selbstregulierung beschränkt, und er sorgt damit letztlich für eine effektive und effiziente Aufgabenerfüllung.

Zu den **Vorteilen und Chancen** im Einzelnen:

- Mit der Akkreditierung erschliesst sich der Bund den **Sachverstand** der FMH und insbesondere der führenden Spezialisten der Fachgesellschaften, was für die Regelung einer solch spezifischen Materie unerlässlich ist.
- Know-how lässt sich zwar auch im Vernehmlassungsverfahren durch den Beizug von Experten erwerben. Mit der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Trägerorganisation der Weiterbildung gewinnt der Bund aber viel mehr: Nämlich die enorm wichtige **Motivation** und **Kooperation** der gesamtschweizerischen Berufsorganisation bzw. der von der Regelung betroffenen Ärztinnen und Ärzte.
- Know-how allein genügt allerdings nicht: Entscheidend ist die **Flexibilität** für Anpassungen der Weiterbildungsordnung und der einzelnen Programme an die medizinischen Erkenntnisse und Entwicklungen. Unbefriedigende bzw. nicht mehr aktuelle Regelungen können mit den für rasche und sachgerechte Revisionen optimierten Legislativorganen der FMH notfalls innert Monatsfrist geändert werden (vgl. Abbildung 3 im Anhang 1). Die flexiblen Organisations- und Ablaufstrukturen eines privaten Verbandes ermöglichen wesentlich raschere Adaptationen, als dies im formalistischen staatlichen Rechtsetzungsverfahren möglich wäre.
- Die mit der Regelungskompetenz verbundene Autonomie bewirkt eine **hohe Eigenverantwortlichkeit** der FMH. Organisatorische und personelle Fehldispositionen gehen zu ihren eigenen Lasten. Andererseits ermöglichen Anstellungsverhältnisse nach Obligationenrecht ein rasches Reagieren auf wandelnde Bedürfnisse.
- Die **Kundenorientierung** wird optimiert, was durch eine im Jahr 2005 durchgeführte Umfrage bestätigt wird (vgl. Hänggeli 2005/2: 113ff).

Zu diskutieren ist aber auch, ob und wie mögliche **Nachteile und Gefahren** minimiert werden können:

- **Demokratiedefizit und fehlende Transparenz:** Änderungen von Weiterbildungsvorschriften werden in der Kommission für Weiter- und Fortbildung (KWFB; siehe Abbildung 3 im Anhang 1) ausgearbeitet, in der sämtliche an der Weiterbildung interessierten Organisationen, insbesondere auch der Verband Schweizerischer Assistenz- und Oberärzte (VSAO), vertreten sind. Die FMH umfasst gegen 95% aller berufstätigen Ärztinnen und Ärzte in der Schweiz, welche über ihre Mitgliedschaftsrechte Einfluss auf beliebige Verbandsregelungen nehmen können. Alle gemäss WBO beschlossenen Programme sind stets aktualisiert auf der Website der FMH einsehbar (vgl. FMH 2006/1). Nach Art. 15 Abs. 1 FMPG ist jede Änderung des akkreditierten Weiterbildungsprogramms dem EDI mitzuteilen.
- **Vernachlässigung des öffentlichen Interesses / kartellistische Absprachen:** Wenn das Weiterbildungsprogramm der Trägerorganisation die Ziele des Bundesrates oder die übrigen in Art. 13 FMPG statuierten Kriterien nicht erfüllt, kann das EDI die Akkreditierung verweigern oder mit Auflagen verbinden (vgl. Art. 14 FMPG). Die Akkreditierungsinstanz hat es somit in der Hand: Vernachlässigt die FMH bei der Regelung und Umsetzung ihres

Weiterbildungsprogramms das öffentliche Interesse an einer Weiterbildungsqualität auf höchstem Niveau, kann das EDI kraft seiner Aufsichtsfunktion die erforderlichen Massnahmen ergreifen. Nach Ablauf einer Akkreditierungsperiode kann das EDI notfalls sogar eine andere Trägerorganisation mit der Regelung der Weiterbildung betrauen. Ebenso verhält es sich, wenn die Trägerorganisation nicht in der Lage ist, die rechtsstaatlichen Grundsätze wie das Gleichbehandlungsgebot oder Willkürverbot bei der Titelvergabe oder bei der Anerkennung der Weiterbildungsstätten zu beachten. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die Regelungsbefugnisse nicht zur Einschränkung des Wettbewerbs unter den Weiterbildungsanbietern (Spitäler, Kliniken, Arztpraxen) missbraucht wird. Die Anerkennung der einzelnen Spitäler und Kliniken zur Durchführung der Weiterbildung darf einzig aufgrund anerkannter Qualitätskriterien und unter Beachtung der Rechtsgleichheit erfolgen.

- **Rechtsschutzdefizit:** Wegen der sehr weitgehenden Aufgabenauslagerung hat das FMPG dem Rechtsschutz besondere Beachtung geschenkt. Die Verfügungsadressaten der FMH sind mit einem umfassenden Rechtsmittelsystem geschützt: Aufgrund von Art. 13 lit. k FMPG muss bereits die verantwortliche Trägerorganisation selbst eine "unabhängige und unparteiische" Beschwerdeinstanz vorsehen, damit sie überhaupt die Akkreditierungskriterien erfüllt. Bei der FMH sind zu diesem Zweck die "Einsprachekommission WBT" und die "Einsprachekommission WBS" eingesetzt (vgl. Abbildung 3, Anhang 1). Sämtliche Verfügungen der FMH können anschliessend an die REKO MAW und teilweise an das Bundesgericht weitergezogen werden (vgl. Abbildung 3, Anhang 1). Dieses gut ausgebaute Rechtsmittelsystem hält einem Vergleich mit rein staatlichen Rechtsschutzverfahren in jeder Beziehung stand, und es wird auch rege benutzt (vgl. Abbildung 4, Anhang 2).
- **Know-how-Verlust beim Staat,** wobei vorliegend von Nichterwerb von Know-how gesprochen werden muss. Wie oben (Ziffer 3.1) ausgeführt, kümmert sich der Staat erst seit kurzem um die ärztliche Weiterbildung und nach wie vor verfügt der Bund nicht über eigene Fachleute, welche das Weiterbildungsprogramm der FMH beurteilen können. Zu diesem Zweck zieht das EDI externe medizinische Experten bei (Weiterbildungsausschuss), die laut Art. 16 FMPG das EDI in allen Fragen der Weiterbildung beraten. Wie weit die Experten die Bundesorgane unabhängig beraten können, wenn sie selbst Mitglied der Trägerorganisation sind oder sogar selbst Weiterbildung anbieten, steht auf einem anderen Blatt. Allerdings ist die Rekrutierungsbasis von führenden Experten in der Schweiz relativ schmal, so dass diese Doppelfunktionen letztlich unvermeidlich sind.
- **Komplizierte und unübersichtliche Regelung:** Die FMH regelt nicht nur die 44 in der WBV vorgesehenen Weiterbildungstitel. Die rasant fortschreitende Spezialisierung in der Medizin hat zur Folge, dass viele Facharztstitel ihrerseits wieder in Subspezialitäten aufgliedert sind, so dass die FMH unterdessen gegen 100 verschiedene Qualifikationen reglementiert und abgibt (vgl. Anhang zur WBO; FMH 2006/1). Besonders problematisch sind aus Erfahrung die Übergangsbestimmungen bei Revisionen der reglementarischen Grundlagen. Erklärende Publikationen und individuelle Beratungsdienstleistungen ermöglichen es den betroffenen Ärztinnen und Ärzten, sich in der komplizierten Materie zurechtzufinden.

3.4 Ausblick: Das Medizinalberufegesetz

3.4.1 Grundzüge

Das zurzeit in der parlamentarischen Beratung stehende neue Medizinalberufegesetz (MedBG) wird das FMPG voraussichtlich im Jahr 2008 ersetzen. Zusätzlich zu den "klassischen" Medizinalberufen soll der Chiropraktorenberuf dem MedBG unterstellt werden. In Fortschreibung der Ziele des FMPG strebt auch das MedBG eine Gesundheitsversorgung von hoher Qualität an. Zu diesem Zweck regelt und fördert das Gesetz die Qualität der universitären **Ausbildung**, der **beruflichen Weiterbildung** und der **lebenslangen berufsbegleitenden Fortbildung**. Neu enthält das Gesetz auch Bestimmungen über die **Berufsausübung** der Medizinalpersonen, womit der Bund Kompetenzen wahrnimmt, die bisher den Kantonen zustanden. Bei Verletzung von Berufspflichten - wie z. B. der Fortbildungspflicht - greifen die im Gesetz vorgesehenen Disziplarmassnahmen. Ein neu zu schaffendes gesamtschweizerisches Register aller Trägerinnen und Träger eidgenössischer und anerkannter ausländischer Diplome und Weiterbildungstitel soll den Kantonen die Bewilligungserteilung und die Überwachung der Berufsausübung erleichtern.

3.4.2 Neuer Gegenstand des Akkreditierungsverfahrens?

Im Unterschied zum FMPG regelt das MedBG detailliert die berufsspezifischen Aus- und Weiterbildungsziele aller betroffenen Berufsgattungen. Umfassend geregelt ist auch das Akkreditierungsverfahren, das in den Grundsätzen unverändert aus dem FMPG übernommen wurde - mit einem gewichtigen Unterschied:

Gegenstand der Akkreditierung im FMPG ist das "**Weiterbildungsprogramm**", das von einer gesamtschweizerischen Berufsorganisation getragen wird und das die vom Bundesrat bezeichneten Weiterbildungstitel regelt (vgl. Art. 13 lit. a und b sowie Art. 14 Abs. 3 lit. a FMPG). Der Begriff "Weiterbildungsprogramm" umfasst die gesamte Weiterbildungsordnung mit allen Titeln. Nach Meinung des Bundesrates soll deshalb die "wichtige Aufgabe der Weiterbildung [...] wenn immer möglich **nur von einer Organisation** [Hervorhebung durch den Verfasser] übernommen werden, die die erforderliche Qualität im Interesse des gesamten Berufsstandes sicherstellen kann [...] Konkurrenz in der Weiterbildung ist auf europäischer und internationaler Ebene erwünscht, nicht aber durch eine innerschweizerische Zersplitterung der Trägerorganisation..." (Botschaft zum FMPG: BBl 1999, S. 6381). Gleicher Meinung ist der Weiterbildungsausschuss: Das 11-köpfige Expertengremium, welches das Departement in allen Fragen der Weiterbildung berät und das Akkreditierungsverfahren 04/05 durchführte, hat entschieden, dass für die Akkreditierung nur **eine Organisation** in Frage komme, welche eine einheitliche Weiterbildungsordnung mit allen in der Verordnung vorgesehenen Titeln anbietet.

Der im **MedBG** verwendete Begriff "**Weiterbildungsgang**" hingegen bezeichnet nicht mehr die ganze Weiterbildungsordnung mit allen Titeln eines Medizinalberufes, sondern nur noch einen einzelnen Titel. Damit ist theoretisch denkbar, dass im Bereich der 44 ärztlichen Wei-

terbildungstitel 44 verschiedene Organisationen (z. B. Fachgesellschaften) oder mehrere Organisationen nebeneinander für die Erteilung sämtlicher oder einzelner Titel akkreditiert werden können (vgl. Art. 20 und 25 MedBG).

Eine Begründung für diesen fundamentalen Systemwechsel fehlt in der Botschaft zum MedBG (BBl 2005, S. 173ff). Wie sich informell, aus Korrespondenz und Diskussionen, in Erfahrung bringen liess, glaubt das EDI, mittels Konkurrenz und Wettbewerb unter verschiedenen Trägerorganisationen von Weiterbildungsgängen die Qualität der Weiterbildung erhöhen und die Kosten für den Erwerb eines Facharztstitels senken zu können. Ärztinnen und Ärzte sollen auswählen dürfen, bei welcher Trägerorganisation sie den gewünschten Weiterbildungstitel erwerben wollen.

3.4.3 Wettbewerb unter rechtsetzenden Organisationen?

Da mit der Akkreditierung wie beschrieben nicht nur Aufgaben, sondern Rechtsetzungskompetenzen übertragen werden, wirft der Kurswechsel des EDI eine Grundsatzfrage auf: Lässt sich die Befugnis, ein und denselben Gegenstand zu regeln, auf verschiedene konkurrierende Private übertragen, welche die Rechtsetzungskompetenz gleichzeitig wahrnehmen?

Rechtsetzung stellt eine hoheitliche Befugnis dar, auch ohne Zustimmung der Betroffenen einseitige generell-abstrakte Regelungen treffen zu können (vgl. Ziffer 2.3). Bereits der Begriff "**Rechtsmonopol** des Staates" erhellt, dass Wettbewerb unter verschiedenen rechtsetzenden Organisationen fehl am Platz ist. In der durch hoheitliche Akte geprägten Eingriffsverwaltung, d. h. dort, wo der Staat Rechte beschränkt oder Pflichten auferlegt, ist die Umsetzung von Wettbewerbselementen ungleich schwieriger als in der Leistungsverwaltung (vgl. Lienhard 2005: 39 und 210f). Dies gilt besonders beim Erlass von Polizeivorschriften, die bestimmte Verhaltensweisen oder Tätigkeiten verbieten, vorschreiben oder von einer Bewilligung abhängig machen (bau-, gesundheits-, wirtschaftspolizeiliche Vorschriften etc.). Der Gesetzgeber wird sich deshalb hüten, identische Rechtsetzungsbefugnisse gleichzeitig auf verschiedene Organisationen zu übertragen. Zuständigkeitskonflikte sowie fehlende Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wären vorprogrammiert.

Ein **Beispiel**: Wenn zwei verschiedene Organisationen die Anforderungen für den Facharztstitel für Chirurgie definieren können, entstehen rechtsungleiche Voraussetzungen für die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung als Chirurg. Hat der angehende Chirurg die Wahl, ob er die Berufsausübungsbewilligung mit 250 oder mit 500 Operationen erlangen will, ist die Frage rasch beantwortet, wohin ein so verstandener "Wettbewerb" führt: Bestimmt nicht zu besserer Qualität in der Medizin, sondern zu einem unheilvollen "Race to the Bottom". Oder: man stelle sich vor, verschiedene Behörden, sagen wir die kantonale Wirtschaftsförderung und das Umweltamt, könnten neben dem kantonalen Bauamt gleichzeitig konkurrierende baupolizeiliche Vorschriften erlassen und der Bauherr darf wählen, an welchem Schalter er seine Baubewilligung beantragt....

Auf **europäischer Ebene** ist das "Race to the Bottom" bereits im Gang: Dank dem freien Personenverkehr und der damit verbundenen gegenseitigen Anerkennung aller Diplome reichen die Facharzttitelanwärter ihre Unterlagen dort ein, wo sie das Diplom am schnellsten und am billigsten erwerben können. Verschiedene schweizerische Fachgesellschaften planen deshalb, die Anforderungen und Lerninhalte in ihrem Programm zu reduzieren, um der drohenden Abwanderung ins Ausland entgegenzuwirken.

Konkurrenz und Wettbewerb haben hingegen dort ihre Berechtigung, wo - innerhalb der gleichen regulatorischen Rahmenbedingungen - eine konkrete Leistung angeboten bzw. nachgefragt wird. Dazu gehören ohne Zweifel Bildungsangebote wie die Vermittlung von ärztlichen Kompetenzen an den von der FMH anerkannten Weiterbildungsstätten. Durch eine jährliche Beurteilung aller verantwortlichen Leiter ist der Ansporn zu besseren Leistungen gegeben und der Wettbewerbsgedanke mithin verwirklicht (vgl. FMH 2006/2).

Das Akkreditierungssystem beinhaltet überdies auch ein Wettbewerbselement: Da die Akkreditierung auf sieben Jahre beschränkt ist, kann der Bund nach deren Ablauf eine andere Berufsorganisation mit der Aufgabe der ärztlichen Weiterbildung betrauen – vorausgesetzt, dass die entsprechenden Kriterien erfüllt sind und die konkurrierende Organisation ebenfalls alle in der WBV vorgesehenen Weiterbildungstitel anbietet. Damit nähert sich die Akkreditierung einer Monopolkonzession an, welche an den Meistbietenden bzw. an den besten Mitbewerber vergeben wird (vgl. Müller 1998: 73; Daeniker 2000: 62).

Es gibt weitere Beispiele, die zeigen, wie man die öffentliche Verwaltung dem Wettbewerb aussetzen und damit zur Qualitätssicherung beitragen kann (z. B. für Schulen oder Altersheimen): Wenn Privatpersonen für die Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen zwischen mehreren öffentlichen und/oder privaten Anbietern auswählen können, spricht man vom so genannten Gutschein- oder Vouchersystem (vgl. Lienhard 2005: 411f). Es versteht sich von selbst dass Anbieter in einem solchen Wettbewerbsmodell nicht über Rechtsetzungskompetenzen verfügen.

Sollte das EDI in Zukunft tatsächlich verschiedene Trägerorganisationen akkreditieren wollen, ist der Arztberuf wohl der einzige Beruf, dessen Berufsausübungsbewilligung je nach zuständiger Organisation an unterschiedliche Bedingungen geknüpft ist. Der Nationalrat hat dies bei der Beratung des Gesetzes erkannt und Art. 25 MedBG mit folgendem Absatz ergänzt: "Für jeden Medizinalberuf ist eine **einzigste Organisation** für alle vorgesehenen Weiterbildungsgänge verantwortlich". Die gemeinsame Eingabe der fünf betroffenen Berufsorganisationen haben den Nationalrat offenbar überzeugt (vgl. Anhang 3). Ob der Ständerat, der das Gesetz im Frühjahr 2006 berät, sich dem Nationalrat anschliesst, wird sich weisen.

3.5 Fazit

Vor der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit muss ein Arzt oder eine Ärztin einen eidgenössischen Weiterbildungstitel erwerben. Die **Regelung eines Bewilligungserfordernisses**

für die Ausübung des Arztberufes und die **Festlegung der entsprechenden fachlichen Voraussetzungen** im Interesse einer qualitativ hochstehenden Gesundheitsversorgung sind zweifellos hoheitliche Staatsaufgaben; seit der Inkraftsetzung des revidierten Freizügigkeitsgesetzes (FMPG) per 1. Juni 2002 Aufgaben des Bundes.

Mit einem für die Schweiz neuartigen **Akkreditierungssystem** überträgt das FMPG die Regelung und Organisation der ärztlichen Weiterbildung weitgehend der privatrechtlichen Berufsorganisation der Ärztinnen und Ärzte. Indem der Bund die Vollzugs- und Finanzierungsverantwortung an eine private Organisation auslagert, wird der Staat wirksam entlastet. Trotzdem verbleiben dem Staat genügend Instrumente, um als Aufsichtsbehörde die Steuerung und Überwachung der ärztlichen Weiterbildung sicherzustellen. Dieses Modell gereicht allen Beteiligten zum Vorteil und kann als **Win-Win-Situation** bezeichnet werden: Einerseits sorgt der Bund für die effektive und effiziente Wahrnehmung einer Staatsaufgabe, indem er sich den Sachverstand der massgebenden Berufsgruppen praktisch zum Nulltarif erschliesst. Andererseits können die beteiligten Berufsorganisationen weitgehend in eigener Kompetenz staatlich anerkannte Fähigkeitsausweise regeln und erteilen, welche eine hohe berufliche Qualifikation garantieren.

Die wichtigsten **Vorteile** einer solchen ausgelagerten Aufgabenerfüllung liegen in der **Sachkompetenz**, der **Motivation** und in der **Flexibilität** der privatrechtlichen Organisation. Die möglichen Gefahren, die mit dem Beizug von Privaten verbunden sein können, lassen sich im vorliegenden Fallbeispiel weitgehend eliminieren: So lässt sich der demokratische Rechtsetzungsprozess in einem Berufsverband mit hohem Organisationsgrad ebenso partizipativ und transparent ausgestalten wie bei einem staatlichen Gesetzgebungsverfahren. Die Beachtung des öffentlichen Interesses sowie von rechtsstaatlichen Grundsätzen lässt sich mit geeigneten Aufsichtsmitteln und insbesondere mit einem wirksamen und gut ausgebauten Rechtssystem ohne weiteres sicherstellen.

Dieses zielführende und kostengünstige Modell zur Wahrnehmung einer Bundesaufgabe liesse sich wahrscheinlich auch auf andere Bereiche übertragen und könnte damit einen Beitrag zur effektiven und effizienten Erfüllung von Staatsaufgaben leisten.

4 Literaturverzeichnis

- Bachmann, Gregor (2002): Privatrecht als Organisationsrecht. Grundlinien einer Theorie privater Rechtsetzung. In: Die Privatisierung des Privatrechts - Rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang, hrsg. v. Carl-Heinz Witt u. a., Stuttgart 2002
- Brunner, Ursula (1982): Rechtsetzung durch Private. Private Organisationen als Verordnungsgeber, Diss. Zürich 1982
- Bundesamt für Justiz (1989): Kontrolle und Aufsicht des Bundesrates über die "halbstaatlichen" Unternehmungen. In: VPB, Jg. 1990, Nr. 36, S. 226 ff
- Bundesamt für Justiz (2002): Gesetzgebungsleitfaden. Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 2. überarbeitete Auflage, Bern 2002
- Däniker, Daniel (2000): Überführung staatlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger. In: Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, hrsg. v. Tobias Jaag, Zürich 2000
- Ehrenzeller, Bernhard u. a. (2002): Die Schweizerische Bundesverfassung. Kommentar. Zürich 2002
- FMH (2006/1): Weiterbildungsordnung und Weiterbildungsprogramme der FMH. Internet: <http://www.fmh.ch/ww/de/pub/awf/weiterbildung/grundlagen.htm>, 31.1.2006
- FMH (2006/2): Umfrage Weiterbildungsqualität. Internet: http://www.fmh.ch/ww/de/pub/awf/weiterbildung/umfrage_weiterbildungsqualitaet.htm, 31.1.2006
- Häfelin, Ulrich/Haller Walter (2001): Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Die neue Bundesverfassung, 5. völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich 2001
- Hänggeli, Christoph (2002): Wie bitte? 4000 Franken für einen eidgenössischen Facharztstitel? Details und Hintergründe zur neuen Gebührenordnung. In: Schweizerische Ärztezeitung, 83. Jg. 2002, Nr. 23, S. 1167-1170
- Hänggeli, Christoph (2005/1): Tätigkeitsbericht Sekretariat AWF. In: Schweizerische Ärztezeitung, 86. Jg. 2005, Nr. 20, S. 1187-1201
- Hänggeli, Christoph (2005/2): Aspekte der Kundenorientierung im Öffentlichen Sektor. Ein Beitrag zur Qualitätsverbesserung der Dienstleistungen des Sekretariates Aus-, Weiter- und Fortbildung (AWF) der FMH. Internet: <http://www.fmh.ch/shared/data/pdf/masterarbeit.pdf>, 31.1.2006
- Jaag, Tobias (2000): Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen. In: Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, hrsg. v. Tobias Jaag, Zürich 2000
- Lienhard, Andreas (1999): Deregulierung staatlicher Marktregulierungen im schweizerischen Bundesverwaltungsrecht. In: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, hrsg. v. Heinrich Koller u. a., Basel 1999
- Lienhard, Andreas (2002): Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung. In: AJP, Jg. 2002, Nr. 10, S. 1163 ff
- Lienhard, Andreas u. a. (2003): Auslagerung der Aufgabenerfüllung im Kanton Luzern. Interdisziplinäre Grundlagenstudie, Bern 2003

- Lienhard, Andreas (2005): Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz. Analyse/Anforderungen/Impulse, Bern 2005
- Marti, Arnold (2000): Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung? In: ZBl, Jg. 2000, Nr. 11, S. 561 ff
- Müller, Andreas (1998): Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben. In: AJP, Jg. 1998, Nr. 1, S. 65 ff
- Müller, Andreas/Jenni Vittorio (1999): Rahmenbedingungen bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben - eine aktuelle Übersicht. In: AJP, Jg. 1999, Nr. 9, S. 1071 ff
- Müller, Georg (1999): Elemente einer Rechtssetzungslehre, Zürich 1999
- Naschold, Frieder u. a. (1996): Leistungstiefe im öffentlichen Sektor. Erfahrungen, Konzepte, Methoden, Berlin 1996
- Poledna, Tomas (2002): Öffentliche Aufgaben und Kriterien für die Wahl der Organisationsform. In: Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, hrsg. v. René Schaffhauser/Tomas Poledna, St. Gallen 2002
- Proeller, Isabella (2002): Auslagerung in der hoheitlichen Verwaltung. Diss. St. Gallen 2002
- Reichard, Christoph (1998): Institutionelle Wahlmöglichkeiten bei der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung. In: Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, hrsg. v. Dietrich Budäus. Baden-Baden 1998, S. 121-153
- Rhinow, René (2003): Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003
- Rüetschi, David (2002): Ärztliches Standesrecht in der Schweiz - Die Bedeutung der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften. In: Die Privatisierung des Privatrechts - rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang, hrsg. v. Carl-Heinz Witt u. a., Stuttgart 2002
- Schedler, Kuno/Proeller, Isabella (2003): New Public Management, 2. überarbeitete Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2003
- Simonis, Heide (2000): Wie viel Privatisierung ist sinnvoll? In: Die erfolgreiche Steuerung öffentlicher Verwaltungen. Von der Reform zur kontinuierlichen Verbesserung, hrsg. v. Armin Töpfer, Wiesbaden 2000
- Waldmann, Bernhard (2005): Skriptum Bundesstaatsrecht 2005/2006, Freiburg 2005
- Zimmerli, Ulrich/Lienhard, Andreas (1998): "Privatisierung" und parlamentarische Oberaufsicht. In: Rechtliche Probleme der Privatisierung. Tagung vom 15./16. Oktober 1997 an der Universität Bern, hrsg. v. Wolfgang Wiegand, Bern 1998

5 Anhang

Anhang 1

Organe und Zuständigkeiten im Bereich der ärztlichen Weiterbildung

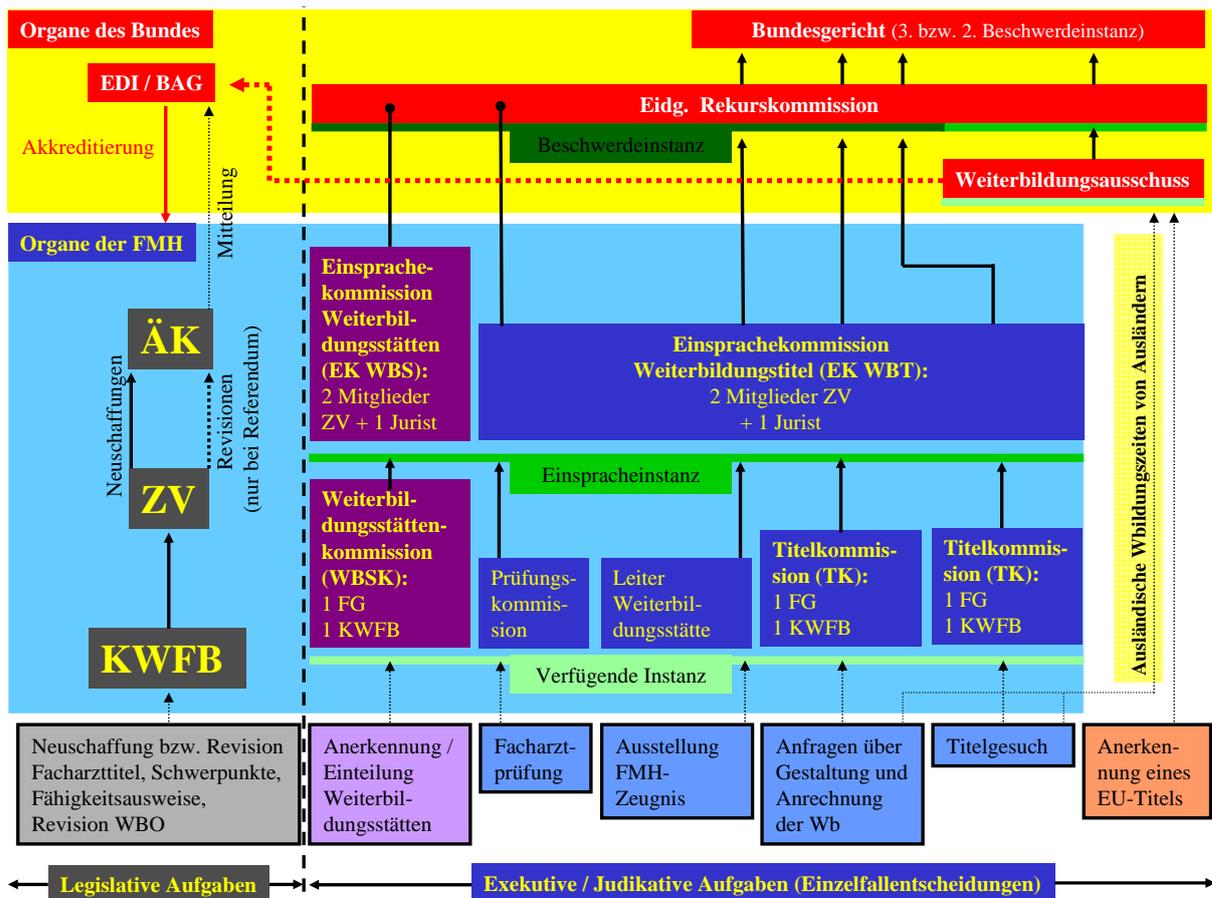


Abbildung 3: Zuständige Organe und Instanzenwege in der Weiterbildung

- Legislative Funktionen:

Zu den legislativen Aufgaben gehören neben der Revision der WBO die Neuschaffung bzw. Revision von Weiterbildungs- und Fähigkeitsprogrammen (Facharzttitel, Schwerpunkte, Fähigkeitsausweise). Die mit legislativen Aufgaben betrauten Organe sind die Kommission für Weiter- und Fortbildung (KWFB), der Zentralvorstand (ZV) und die Ärztekammer (ÄK).

- Exekutive Funktionen:

Zu diesem Bereich gehören alle Anfragen über die Gestaltung und Anrechnung individueller Weiterbildung sowie die Beurteilung von Titelgesuchen. Für beides ist die Titelkom-

mission (TK) zuständig. Die Facharztprüfungen werden von den Prüfungskommissionen der Fachgesellschaften (FG) durchgeführt. FMH-Zeugnisse, welche die erforderlichen Weiterbildungsperioden belegen, werden vom jeweiligen Leiter der Weiterbildungsstätte - in der Regel dem Chefarzt - ausgestellt. Als weiterer zentraler Bereich ist die Anerkennung bzw. Einteilung der Weiterbildungsstätten zu erwähnen.

- **Judikative Funktionen:**

Alle Entscheidungen der exekutiven Organe können an die Einsprachekommission Weiterbildungstitel (EK WBT) bzw. an die Einsprachekommission Weiterbildungsstätten (EK WBS) weitergezogen werden, welche den Streitgegenstand mit voller Kognition überprüfen können.

Neben diesen FMH-internen Zuständigkeiten und Instanzenwegen (blauer Bereich in der Abbildung) existieren beim Bund (gelber Bereich) folgende Organe und Zuständigkeiten:

- **Das eidgenössische Departement des Innern (EDI)** akkreditiert die WBO und die Weiterbildungsprogramme, womit die beschriebenen Organe der FMH zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Aufgaben autorisiert werden.
- **Der Weiterbildungsausschuss (WA)** ist das beratende Organ des EDI in allen Fragen der Weiterbildung. Gleichzeitig ist der WA auch für die Anerkennung von EU/EWR Diplomen zuständig.
- **Die eidgenössische Rekurskommission (REKO MAW)** amtiert als unabhängige Beschwerdeinstanz gegen alle Entscheidungen der Einsprachekommissionen und des WA.
- **Das Bundesgericht (BG)** schliesst den Instanzenzug ab.

Anhang 2

Inanspruchnahme des Rechtsmittelsystems

	Erstinstanzliche Verfügungen (Gesuche und Weiterbildungspläne)	Einspracheentscheide	Rekursentscheide	Verwaltungsgerichtsbeschwerdeentscheide
Wer? (Instanz)	TK	→ EK WBT	→ REKO	→ BG
Wie viele? (In Klammer: Gutheissungen)	8023	161 (19)	10 (1)	2 (0)
Beschwerdequote / Folgebeschwerdequoten		2.0%	6.2%	20%
Quote gutgeheissener Beschwerden		11.8%	10%	0%

Abbildung 4: Rechtsmittelsystem mit Beschwerdequote, Folgebeschwerdequote und Quote gutgeheissener Beschwerden (1. Juni 2002 - 31. Dezember 2005)

TK	Titelkommission
EK WBT	Einsprachekommission Weiterbildungstitel
REKO	Eidgenössische Rekurskommission
BG	Bundesgericht

Anhang 3

Gemeinsame Stellungnahme der fünf betroffenen Berufsorganisationen

FMH Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte
SSO Schweizerische Zahnärzte-Gesellschaft
GST Gesellschaft Schweizer Tierärzte
SCG Schweizerische Chiropraktoren-Gesellschaft
SAV Schweizerischer Apothekerverband

**zur Botschaft des Bundesrates
zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (MedBG)**

1. Wir begrüßen die Schaffung eines Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe gemäss dem vorliegenden Entwurf.
2. Aus Gründen der Qualität, Kohärenz und Rechtssicherheit fordern wir, dass in jedem Medizinalberuf nur eine Organisation für die Regelung der Weiterbildung zuständig ist. Wir schlagen vor, **Art. 25 MedBG wie folgt zu ergänzen:**

"In jedem Medizinalberuf soll nur eine Organisation für alle vorgesehenen Weiterbildungsgänge verantwortlich sein."

Begründung:

- Nur einheitliche Qualitätsstandards, Verfahren und Instanzen gewährleisten eine effiziente und hoch stehende Weiterbildung.
 - Die fachübergreifende Rechtsetzungsfunktion verlangt nach einer einzigen verfassungsberechtigten Instanz, welche die Weiterbildungsgänge mit einheitlichen Qualitätssicherungsinstrumenten durchzusetzen vermag.
 - Die Ausgleichs- und Schlichtungsfunktion erfordert eine über den einzelnen Interessengruppierungen eines Titels stehenden Instanz.
 - Die Zersplitterung der Weiterbildung auf mehrere gleichgeordnete Instanzen erschwert effiziente Ablaufstrukturen. Weiterzubildende und Weiterbildner verlieren die zentrale Anlaufstelle und müssen sich mit mehreren Organisationen herumschlagen.
3. Die FMH hat den Vorschlag eingebracht, ein "Forum für ärztliche Weiterbildung" zu gründen, das z.B. in der Rechtsform einer Stiftung die Stakeholders vereinigt (Bund, Kantone, Fakultäten, FMH, VSAO etc.).
 4. Aus Gründen der Rechtsgleichheit beantragen wir überdies die **ersatzlose Streichung von Art. 21 Abs. 4 MedBG**, da für die Erteilung eidgenössischer Weiterbildungstitel allein die akkreditierte Organisation zuständig ist (vgl. Art. 20 und Art. 55 MedBG).

1. Die Vorgeschichte zu einem wegweisenden Gesetzesentwurf

Nach über 10-jähriger Vorbereitungszeit mit mehreren Zwischenetappen, Expertenkommissionen, Vernehmlassungen und unzähligen Sitzungen liegt dem Parlament jetzt ein modernes Gesetz vor, das die **Grundzüge der Aus-, Weiter- und Fortbildung der fünf in Art. 2 aufgeführten Medizinalberufe** regelt. Darüber hinaus harmonisiert das MedBG auch die Voraussetzungen zur **selbständigen Berufsausübung** und die Aufsicht durch die zuständigen kantonalen Behörden – ein Kapitel, das auf dem Hintergrund des freien Personenverkehrs mit der EU von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist.

Die durch den Regelungsgegenstand direkt betroffenen Berufsorganisationen haben die Entstehung des Gesetzeswerkes über Jahre begleiten und mitgestalten dürfen. Die Zusammenarbeit mit dem federführenden Bundesamt und die Nutzbarmachung des Sachverständes von Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung war mustergültig. Bedingt durch die Bilateralen Verträge (Personenfreizügigkeit und gegenseitige Diplomanerkennung) wurde der Teil "Weiterbildung" über die **Revision des Freizügigkeitsgesetzes (FMPG)** vorgezogen und bereits am 1. Juni 2002 in Kraft gesetzt. Seither erteilen die gesamtschweizerischen Berufsorganisationen FMH und SSO als akkreditierte Weiterbildungsträger eidgenössische Facharzt- bzw. Fachzahnarzttitle in 44 bzw. 4 Fachgebieten.

In der Botschaft hält der Bundesrat fest, dass die **Weiterbildungsregelung des FMPG weitgehend übernommen** und nur in Teilbereichen wie der Akkreditierung konkretisiert worden sei (vgl. Botschaft Ziffer 1.2 am Schluss und Ziffer 1.3.2). Da für das MedBG im Bereich Weiterbildung keine wesentlichen Neuerungen gegenüber der Regelung des FMPG vorgesehen und zu erwarten waren, verzichtete man in Absprache mit den beteiligten Berufsorganisationen auf eine erneute Vernehmlassung.

2. Ein zentraler Punkt fehlt im MedBG: Alle Weiterbildungstitel eines Medizinalberufes müssen von der gleichen Berufsorganisation erteilt werden!

Trotz der Beteuerung in der Botschaft, die Regelung des FMPG übernommen zu haben, unterscheidet sich das MedBG in einem entscheidenden konzeptuellen Punkt von der geltenden Regelung im FMPG:

Im FMPG ist Gegenstand der Akkreditierung ein "Weiterbildungsprogramm", das von einer gesamtschweizerischen Berufsorganisation getragen wird. Aus den Gesetzesmaterialien ist dabei klar ersichtlich, dass der Begriff

"Weiterbildungsprogramm" alle Titel des jeweiligen Medizinalberufes umfasst und folglich in jedem Medizinalberuf nur **eine** verantwortliche Trägerorganisation akkreditiert wird. In der seinerzeitigen Botschaft zum FMPG hatte der Bundesrat ausdrücklich festgehalten (vgl. BBl Nr. 34 vom 31. August 1999, Kommentar zu Art. 12 und 13; S. 6381ff):

«Die wichtige Aufgabe der Weiterbildung soll wenn immer möglich nur von einer Organisation übernommen werden, die die erforderliche Qualität im Interesse des gesamten Berufsstandes sicherstellen kann [...] Konkurrenz in der Weiterbildung ist auf europäischer und internationaler Ebene erwünscht, nicht aber durch eine innerschweizerische Zersplitterung der Trägerorganisation....»

Im MedBG demgegenüber umfasst der Begriff "Weiterbildungsgang" nicht mehr die ganze Weiterbildungsordnung mit allen Titeln eines Medizinalberufes, sondern nur noch einen einzelnen Titel. Damit ist denkbar, dass beispielsweise im Bereich der 44 ärztlichen Weiterbildungstitel 44 verschiedene Organisationen (Fachgesellschaften) akkreditiert werden können (vgl. Art. 20 und 25 MedBG).

Dieser fundamentale Systemwechsel wird in der Botschaft mit keinem Wort begründet, obschon der **Weiterbildungsausschuss** im laufenden Akkreditierungsverfahren zu dieser Frage klar Stellung bezogen hatte: Das 11-köpfige Expertengremium, das die Aufgabe hat, das Departement in allen Fragen der Weiterbildung zu beraten und das Akkreditierungsverfahren durchzuführen, entschied unmissverständlich, dass für die Akkreditierung nur eine Organisation in Frage komme, welche eine einheitliche Weiterbildungsordnung mit allen in der Verordnung vorgesehenen Titeln anbietet.

Es stellt sich die Frage, **warum** der Bundesrat mit dem MedBG das im FMPG geltende und bewährte System aufgeben will – zumal in keiner Vernehmlassung je eine solche Forderung gestellt wurde.

3. Warum muss Art. 25 MedBG ergänzt werden? Ein Argumentarium

Im Interesse einer einheitlichen, effizienten und qualitativ hochstehenden Weiterbildung muss das Gesetz sicherstellen, dass in jedem Medizinalberuf nur eine Organisation für die Regelung der Weiterbildung verantwortlich zeichnet. Dieses Ziel lässt sich beispielsweise mit der

Ergänzung eines Dritten Absatzes in Art. 25 MedBG erreichen:

"In jedem Medizinalberuf soll nur eine Organisation für alle vorgesehenen Weiterbildungsgänge verantwortlich sein."

Zur Begründung:

- Die akkreditierte Organisation hat in erster Linie **fachübergreifende Rechtsetzungsfunktion**. Die detaillierten Normen über die spezifischen Voraussetzungen zum Erwerb eines ärztlichen Weiterbildungstitels basieren auf einer **generellen Weiterbildungsordnung**, welche Verfahrens-, Organisations- und Qualitätsgrundsätze enthält, die z.B. in der Humanmedizin für alle 44 Weiterbildungstitel gemeinsam gelten. Dazu gehören beispielsweise die für die Titelerteilung und die Anerkennung von Weiterbildungsstätten eingesetzten Organe (inkl. Beschwerdeinstanzen) oder einheitliche Anforderungen und Grundsätze in Bezug auf die im Gesetz geforderte formative und summative Evaluation (Nachweis der geforderten Weiterbildungsbedingungen, Evaluationsgespräche, Durchführung der Facharztprüfungen). Alle wichtigen, in der Weiterbildungsordnung verankerten **Qualitätssicherungsinstrumente** würden ihre Wirksamkeit weitgehend verlieren, wenn sie nicht in allen Fachbereichen einheitlich zur Anwendung gelangen könnten (Zertifizierung der Weiterbildungsstätten anhand von Weiterbildungskonzepten, Visitationen, jährliche Qualitätsumfrage bei den 8'000 Assistenzärztinnen und Assistenzärzten, etc.). Die Weiterbildungsordnung regelt überdies eine Vielzahl von weiteren Problemen, die einer fachübergreifenden Lösung bedürfen: So z.B. die gegenseitige Anerkennung von Weiterbildungsperioden und Weiterbildungsmodulen, die Anrechnung wissenschaftlicher Tätigkeit, Praxisassistenten, Fremdjahre, Teilzeittätigkeit, Absenzen, etc.
- Die akkreditierte Organisation hat eine wesentliche **Ausgleichs- und Schlichtungsfunktion**. Die Interessengegensätze und –konflikte zwischen den Fachgesellschaften der einzelnen Titel sind stellenweise enorm. Die Programme bzw. Weiterbildungsgänge müssen aufeinander abgestimmt werden und sollen allein dem Qualitätsziel dienen – ungeachtet allfälliger tariflicher oder anderer standespolitischer Implikationen. Die Abgrenzung der einzelnen Fachgebiete kann nur durch eine den einzelnen Fachgesellschaften übergeordnete Instanz wahrgenommen werden. Das gleiche gilt für die Gewährleistung einheitlicher Standards bei der Formulierung der jeweiligen Weiterbildungsgänge und Lehrinhalte.
- Falls in einem Medizinalberuf gleichzeitig mehrere Organisationen akkreditiert und damit zur Erteilung von Weiterbildungstiteln ermächtigt würden, wäre die **Kohärenz und Rechtsgleichheit bei der Titelerteilung und bei der Anerkennung von Weiterbildungsstätten gefährdet**. Jede Organisation könnte unabhängig von allen anderen Organisationen Verfügungen gemäss Art. 55 erlassen und würde für ihren bzw. ihre Titel eigene Kriterien und Massstäbe definieren. Die in Art. 25 lit. j MedBG geforderten **unabhängigen Beschwerdeinstanzen könnten insbesondere von kleineren Fachgesellschaft nicht gewährleistet werden**. Die Vielzahl der Beschwerdekommisionen würde eine einheitliche Rechtsanwendung verunmöglichen.

- **Weiterbildungskandidatinnen und –kandidaten würden am meisten unter der Rechtszersplitterung zu leiden haben:** Sie hätten **keinen zentralen Ansprechpartner mehr**, der ihnen zu allgemeinen und fachübergreifenden Fragen kompetent Auskunft gibt. Dazu gehören beispielsweise auch gegen 1'000 Anfragen pro Jahr allein von ausländischen Interessenten. Praktisch alle Assistenzärztinnen und Assistenzärzte bilden sich auf dem Weg zu einem Facharzt-titel in mehreren Fachgebieten fort. Von Fachgebiet zu Fachgebiet unterschiedliche Instanzen, Regeln, Formulare und Protokolle würden zu **Rechtsunsicherheit** führen und die **Bürokratie** unnötig aufblähen.
- Eine **Umfrage** bei allen im Bereich der ärztlichen Weiterbildung tätigen Organisationen hat deutlich gemacht: Niemand wünscht eine Zersplitterung der Weiterbildung. Niemand zieht die Akkreditierung der einzelnen Fachgesellschaften anstelle einer übergeordneten Dachorganisation als ernsthafte Alternative in Betracht, nicht einmal die einzelnen Fachgesellschaften.
- Mündliche Äusserungen des Präsidenten der eidgenössischen Rekurskommission, Herrn Fürsprecher Stefan Mesmer, deuten ebenfalls an, dass die **REKO der Akkreditierung von mehreren Organisationen nichts Positives** abzugewinnen vermag. Die REKO kann auf Beschwerde hin alle Verfügungen der akkreditierten Weiterbildungsträger auf ihre Rechtmässigkeit überprüfen.
- Nicht zuletzt zeigt ein Vergleich mit anderen Ländern einmal mehr den vom Bundesrat vorgeschlagenen unnötigen „Sonderfall Schweiz“: In keinem anderen bekannten Land existiert ein Akkreditierungs-System, das die vollumfängliche Regelung allgemeiner Weiterbildungsgrundsätze der Hoheit einzelner Fachgesellschaften überlassen würde. In den meisten europäischen Ländern sind alle Ärztinnen und Ärzte in öffentlich-rechtlichen Korporationen zusammengeschlossen, welche für die Regelung und Durchführung der Weiterbildung verantwortlich zeichnen ("Ordre des Médecins", "Landesärztekammer", etc.).

4. Wollen die Berufsorganisationen damit nur ihren Besitzstand wahren und sich vor Konkurrenz schützen?

Die Antwort ist klar "**Nein**"! Um nicht dem Vorwurf ausgesetzt zu werden, die bisher akkreditierten Weiterbildungsträger versuchten nur den "Besitzstand" zu retten, hat die FMH den Vorschlag eingebracht, ein "**Forum für ärztliche Weiterbildung**" zu gründen, das beispielsweise in der Rechtsform einer Stiftung alle wesentlichen „Stakeholders“ vereinigt (Bund, Kantone, Fakultäten, FMH, VSAO etc.). Mit der Gründung und Akkreditierung einer solchen Stiftung liesse sich die einheitliche Regelung und Durchführung der ärztlichen Weiterbildung sicherstel-

len. Gleichzeitig wäre die Rechtsetzungsfunktion breiter abgestützt und die Gefahr standespolitischer Interessenkollisionen gebannt.

5. Ein weiteres: Ersatzlose Streichung von Art. 21 Abs. 4 MedBG

Aus Gründen der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit beantragen wir überdies die Streichung von Art. 21 Abs. 4 MedBG. Für die Erteilung eidgenössischer Weiterbildungstitel ist allein die jeweils akkreditierte Organisation zuständig (vgl. Art. 20 und 55 MedBG). Die Titelerteilung erfolgt stets im Rahmen der akkreditierten Weiterbildungsgänge. Es kann und darf deshalb nicht sein, dass die Medizinalberufekommission davon abweicht und eigene Voraussetzungen für die Titelerteilung definiert. Diese Kompetenz ist notabene auch nicht im Aufgabenkatalog der Medizinalberufekommission aufgeführt (Art. 50 MedBG). Der identische Absatz steht zwar bereits heute im Freizügigkeitsgesetz (FMPG), wird aber aus den genannten Gründen nicht angewendet ("toter Buchstabe des Gesetzes"): Seit der Inkraftsetzung des FMPG entscheidet der Weiterbildungsausschuss konsequent nur über die Anerkennung ausländischer Diplome und Weiterbildungstitel, die in einem Staatsvertrag geregelt sind. Bei Nichtanerkennung der ausländischen Qualifikation müssen ausnahmslos und unbestrittenermassen die Voraussetzungen der geltenden Weiterbildungsgänge erfüllt werden.



Dr. J. de Haller, Präsident



Dr. U. Rohrbach, Präsident



Gesellschaft Schweizer Tierärztinnen und Tierärzte
Société des Vétérinaires Suisses

Dr. Ch. Trolliet, Präsident

ChiroSuisse


Dr. D. Mühlemann, Präsident



Schweizerischer Apothekerverband
Société Suisse des Pharmaciens
Società Svizzera dei Farmacisti


D. Jordan, Präsident

6 Selbstständigkeitserklärung

"Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche kenntlich gemacht. Mir ist bekannt, dass andernfalls der Senat gemäss dem Gesetz über die Universität zum Entzug des auf Grund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist."

Bern, 31. Januar 2006

Christoph Hänggeli

7 Über den Autor



Christoph Hänggeli, Fürsprecher / Rechtsanwalt

Nach Abschluss der rechtswissenschaftlichen Studien an der Universität Bern Mitarbeiter im Rechtsdienst der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte FMH (1989 - 1997). Seither Geschäftsleiter des Sekretariates Aus-, Weiter- und Fortbildung, das zusammen mit den involvierten Organen der FMH für die Regelung und Organisation der ärztlichen Weiter- und Fortbildung in der Schweiz zuständig ist.

Seit 2003 Teilnehmer des Lehrgangs "Executive Master of Public Administration" der Universität Bern.

Ist als passionierter Bergsteiger noch immer auf der Suche nach dem Mittelpunkt des Dreiecks Beruf, Familie und Sport.

Wohnort: Kunoweg 7, 3047 Bremgarten