

## **BGE 131 I 205**

Bundesgericht (BGE), 2005-03-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_131\\_I\\_205](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_131_I_205)

FR: ATF 131 I 205

IT: DTF 131 I 205

### **Regeste**

Regeste Art. 8 Abs. 1 BV; Prinzip der Gewaltentrennung; Art. 88 OG; Art. 37 Abs. 3 KVG; § 17 des zürcherischen Gesetzes über das Gesundheitswesen; § 51 der zürcherischen Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln; Arzneimittelabgabe durch Ärzte (Selbstdispensation); Legitimation der Apotheker zur staatsrechtlichen Beschwerde (abstrakte Normenkontrolle). Der Bestimmung in § 17 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes, wonach die Selbstdispensation in den Städten Zürich und Winterthur generell verboten und im übrigen Kantonsgebiet (mit Bewilligung) gestattet ist, kommt in Verbindung mit Art. 37 Abs. 3 KVG die Funktion einer legitimationsbegründenden Schutznorm zugunsten der in diesen Städten gelegenen Apotheken zu (E. 2). Trotz unter dem Gesichtswinkel der Rechtsgleichheit nicht unbedenklicher Mängel darf die gesetzliche Regelung weiterhin Geltung beanspruchen, solange der zuständige kantonale Gesetzgeber keine neue Ordnung beschlossen hat. Eine Änderung auf Verordnungsstufe, welche die Zulässigkeit der Selbstdispensation auch in den Städten Zürich und Winterthur herbeiführen will, verstösst gegen den Grundsatz der Gewaltentrennung (E. 3).

Regeste Art. 8 al. 1 Cst.; principe de la séparation des pouvoirs; art. 88 OJ; art. 37 al. 3 LAMal; § 17 de la loi zurichoise sur la santé publique; § 51 du règlement zurichois sur le commerce de médicaments; remise de médicaments par des médecins (dispensation directe); qualité des pharmaciens pour agir par la voie du recours de droit public (contrôle abstrait de normes). La disposition figurant au § 17 de la loi zurichoise sur la santé publique, d'après laquelle la dispensation directe est généralement interdite dans les villes de Zurich et Winterthour et permise (avec autorisation) dans le reste du canton, assume, en relation avec l'art. 37 al. 3 LAMal, la fonction de norme protectrice fondant la qualité pour recourir en faveur des pharmacies situées dans ces villes (consid. 2). En dépit de défauts non négligeables sous l'angle de l'égalité devant la loi, la réglementation légale peut continuer à s'appliquer, tant que le législateur cantonal compétent n'aura pas édicté de nouvelles règles. Une modification au niveau réglementaire qui tend à admettre la dispensation directe même dans les villes de Zurich et Winterthour viole le principe de la séparation des pouvoirs (consid. 3).

Regesto Art. 8 cpv. 1 Cost.; principio della separazione dei poteri; art. 88 OG; art. 37 cpv. 3 LAMal; § 17 della legge sanitaria zurighese; § 51 dell'ordinanza zurighese sul commercio di medicinali; fornitura di medicinali da parte dei medici (dispensazione diretta); legittimazione dei farmacisti a presentare un ricorso di diritto pubblico (controllo astratto delle norme). La disposizione del § 17 della legge sanitaria zurighese, secondo cui la dispensazione diretta è generalmente vietata nelle città di Zurigo e Winterthur e permessa (con autorizzazione) nel resto del cantone, assume, in relazione con l'art. 37 cpv. 3 LAMal, la funzione di norma protettrice suscettibile di fondare la legittimazione delle farmacie situate in queste città (consid. 2). Malgrado lacune non indifferenti dal profilo

dell'uguaglianza giuridica, la regolamentazione legale può continuare a rimanere in vigore fintanto che il competente legislatore cantonale non abbia adottato un nuovo regime. Una modifica a livello di ordinanza tendente ad ammettere la dispensazione diretta anche nelle città di Zurigo e Winterthur viola il principio della separazione dei poteri (consid. 3).

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Zu prüfen ist die Legitimation der Beschwerdeführer zur staatsrechtlichen Beschwerde.

#### **E. 2.1**

Im Vordergrund stehen die Rügen der Verletzung der Gewaltenteilung sowie der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. Für beide Rügen bedarf es, auch im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, wo an sich eine virtuelle Betroffenheit genügt, eines Eingriffes in rechtlich geschützte Interessen ( BGE 127 I 60 E. 2a S. 63 und E. 4 S. 68 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer muss durch die als bundesrechtswidrig oder kompetenzwidrig beanstandete Norm in seiner eigenen Rechtsstellung oder in rechtlich geschützten eigenen Interessen betroffen sein.

#### **E. 2.2**

Die angefochtene Verordnungsvorschrift richtet sich nicht an Apotheker, sondern an die im Kanton tätigen Ärzte. Die Beschwerdeführer (bzw. der für sie mitrekurrierende Apothekerverband) sind insoweit nicht in der eigenen Rechtsstellung betroffen. Sie können sich, da zwischen den Berufsgruppen der Apotheker und der Ärzte (solange diesen der Handverkauf verwehrt bleibt) gemäss Rechtsprechung keine direkte Konkurrenz besteht, gegenüber der behaupteten unzulässigen Begünstigung der Ärzte auch BGE 131 I 205 S. 211 nicht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen berufen (vgl. Urteil 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003 betreffend Apothekerverein Schwyz, E. 2.3 mit Hinweisen). Es besteht kein Anlass, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen. Seitens der Beschwerdeführer wird geltend gemacht, dass die den Ärzten durch die angefochtene Verordnungsänderung eingeräumte erweiterte Selbstdispensationsbefugnis in durch Normen des Bundesrechtes geschützte Interessen der Apotheker eingreife. In seinem (eingangs zitierten) Urteil vom 15. Juni 1999, welches ebenfalls die hier streitige Frage der Zulässigkeit der Selbstdispensation in den Städten Zürich und Winterthur betraf, hat das Bundesgericht der Vorschrift von Art. 37 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) den Charakter einer den Interessen der Apotheker dienenden (selbständigen) Schutznorm abgesprochen. Im gleichen Sinne entschied es im Urteil vom 22. Dezember 2003 betreffend den Kanton Schwyz. Von dieser Rechtsprechung grundsätzlich abzuweichen besteht kein Anlass.

#### **E. 2.3**

Zu prüfen bleibt, ob und wie weit § 17 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes - mit dem die streitige Verordnungsvorschrift offensichtlich in Widerspruch steht - von den Apothekern als legitimationsbegründende Schutznorm angerufen werden kann. Diese Gesetzesvorschrift steht, auch wenn ihr das Verwaltungsgericht in einem konkreten Anwendungsfall aus Gründen der Rechtsgleichheit die Gefolgschaft verweigert hat, nach wie vor in Kraft und kann insoweit die Funktion einer Schutznorm immer noch erfüllen, ohne dass es darauf ankäme, ob sie mit der Rechtsgleichheit vereinbar ist; letzteres wäre

eine Frage der materiellen Beurteilung.

### **E. 2.3.1**

In BGE 119 Ia 433 E. 2c S. 437 f. hat das Bundesgericht einer Gesetzesvorschrift des Kantons Schaffhausen, welche die Bewilligung der Selbstdispensation durch Ärzte nur zulies, soweit dies "für die ärztliche Betreuung der Bevölkerung notwendig ist", den Charakter einer Schutznorm zugunsten der Apotheker zuerkannt. Die Bestimmung wolle die genügende Medikamentenversorgung der Bevölkerung sichern, indem sie Apotheken unter gewissen Voraussetzungen vor der Konkurrenz durch selbstdispensierende Ärzte schütze. Dieser Konkurrenzschutz sei zwar nicht das eigentliche Ziel der Norm, sondern nur ein Mittel zur Erreichung des BGE 131 I 205 S. 212 mit ihr verfolgten Zweckes. Er sei aber nicht eine bloss faktische Reflexwirkung, sondern vom Gesetzgeber durchaus beabsichtigt. Die betroffenen Apotheken hätten damit ein rechtlich geschütztes Interesse an der Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Selbstdispensation. Das Bundesgericht nahm bei der Beurteilung der staatsrechtlichen Beschwerde gegen das Urteil des zürcherischen Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 1998, worin dieses § 17 des kantonalen Gesundheitsgesetzes die Gefolgschaft verweigerte und allen kantonalen Ärzten einen (bis zu einer gesetzlichen Neuordnung befristeten) Anspruch auf Zulassung der Selbstdispensation zuerkannte, auf die erwähnte Rechtsprechung zur Schaffhauser Regelung Bezug. Es erblickte aber einen wesentlichen Unterschied der in § 17 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes enthaltenen Vorschrift darin, dass diese Bestimmung, indem sie die Selbstdispensation in einem Kantonsteil generell zulasse und im andern Kantonsteil (Zürich/ Winterthur) generell verbiete, nicht spezifisch darauf ausgelegt sei, den Weiterbestand des vorhandenen Apothekennetzes zu schützen oder den Ausbau desselben zu fördern. Der aus § 17 GesG/ZH für die Apotheken (in Zürich und Winterthur) resultierende Vorteil sei hier, anders als nach der Ordnung des Kantons Schaffhausen, eine bloss (ungewollte) faktische Reflexwirkung, die als solche kein rechtlich geschütztes Interesse zu begründen vermöge (zit. Urteil 2P.195/1998 vom 15. Juni 1999, publ. in: ZBl 101/2000 S. 533 ff., E. 3d/aa).

### **E. 2.3.2**

Es fragt sich, wieweit an dieser Betrachtungsweise festgehalten werden kann. § 17 GesG/ZH ist zwar nicht direkt auf die Erhaltung oder den Ausbau des bestehenden Apothekennetzes ausgerichtet, indem er die Zulassung der Selbstdispensation nach einer räumlichen Zweiteilung des Kantonsgebietes entweder generell zulässt oder generell verbietet, ohne auf die jeweils vorhandenen Versorgungsmöglichkeiten durch die bestehenden Apotheken bzw. auf die tatsächliche Bedürfnislage abzustellen. Das Gesetz nimmt aber in klarer Weise eine Aufgabenteilung vor, indem es für das Gebiet der beiden grossen Städte die Medikamentenversorgung ausschliesslich den Apotheken vorbehält. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang Art. 37 Abs. 3 KVG, wonach die Kantone bei der Zulassung der Selbstdispensation die Zugangsmöglichkeiten zu öffentlichen Apotheken zu berücksichtigen haben. Zwar erscheint diese bundesrechtliche Vorschrift, wie das Bundesgericht in seinem BGE 131 I 205 S. 213 Entscheid vom 15. Juni 1999 (E. 3d/bb, publ. in: ZBl 101/2000 S. 537/38) festgestellt und in einem späteren Urteil 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003, E. 2.3 (betreffend die Ordnung des Kantons Schwyz) bestätigt hat, zu allgemein, um für sich allein als Schutznorm gegenüber der Zulassung der Selbstdispensation angerufen werden zu können. In Verbindung mit dieser - wenn auch lange nach Erlass des zürcherischen Gesundheitsgesetzes in Kraft getretenen - Vorschrift

von Art. 37 Abs. 3 KVG, welche die Aufgabenteilung zwischen Apotheken und Ärzten für die Leistungserbringung im Rahmen der Krankenversicherung als anzustrebendes Ziel zum Ausdruck bringt, kann jedoch der in § 17 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes getroffenen Ordnung, was den Ausschluss der Selbstdispensation in den Städten Zürich und Winterthur anbelangt, objektiv die Funktion einer Schutznorm zugunsten der in diesen Städten gelegenen Apotheken zuerkannt werden. Insoweit ist an der im Urteil vom 15. Juni 1999 erfolgten Beurteilung der Legitimationsfrage nicht festzuhalten. Die Apotheker in den Städten Zürich und Winterthur haben ein rechtlich geschütztes Interesse, zu verlangen, dass das vom Gesetzgeber für diesen Teil des Kantons statuierte Selbstdispensationsverbot eingehalten und die Medikamentenverteilung dementsprechend ausschliesslich den Apotheken überlassen wird. Festzuhalten ist jedoch - wie vorausgeschickt (oben E. 2.2 in fine) - an der bisherigen Rechtsprechung insoweit, als Art. 37 Abs. 3 KVG nicht als Schutznorm gegenüber Anordnungen des kantonalen Gesetzgebers angerufen werden kann. Die im Urteil 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2002 betreffend den Kanton Schwyz sowie in dem mit heutigem Datum ergangenen Entscheid betreffend den Kanton Solothurn ( BGE 131 I 198 ) erfolgte Beurteilung der Legitimationsfrage wird durch die geänderte Einschätzung der Tragweite von § 17 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes nicht in Frage gestellt.

#### **E. 2.4**

Auf die staatsrechtliche Beschwerde ist nach dem Gesagten einzutreten. Die Beschwerdeführer 2 und 3 sind als Inhaber von in Zürich bzw. Winterthur gelegenen Apotheken durch die angefochtene Verordnungsänderung in ihren rechtlich geschützten Interessen direkt betroffen; die Beschwerdeführerin 4, welche eine ausserhalb der beiden Städte gelegene Apotheke betreibt und eines Tages auf Stadtgebiet eine Apotheke eröffnen könnte, ist zumindest virtuell betroffen (sofern man nicht schon im Wegfall der BGE 131 I 205 S. 214 Ausführung von Verschreibungen durch Ärzte aus den Stadtgebieten eine unmittelbare Betroffenheit erblicken will); der mitrekurrierende Apothekerverband vertritt gemäss Art. 2 seiner Statuten u. a. die Interessen seiner Mitglieder gegenüber den Behörden und erscheint, da eine Grosszahl der ihm angeschlossenen Apotheker durch die Aufhebung des Selbstdispensationsverbotes für das Gebiet Zürich und Winterthur direkt oder virtuell betroffen ist, ebenfalls als zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert.

#### **E. 3.1**

Die angefochtene Verordnungsänderung, durch welche die Befugnis zur Selbstdispensation entgegen § 17 GesG/ZH auch den Ärzten in Zürich und Winterthur zuerkannt wird, hält vor dem Grundsatz der Gewaltentrennung nur stand, sofern die in der genannten Gesetzesbestimmung vorgenommene Unterscheidung zwischen Ärzten in den beiden Städten Zürich und Winterthur einerseits und jenen im übrigen Kantonsgebiet andererseits, wie im Urteil des zürcherischen Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 1998 seinerzeit angenommen, tatsächlich gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstösst und daher nicht zur Anwendung gelangen darf. Der genannte Verwaltungsgerichtsentscheid ist zwar damals beim Bundesgericht - wegen Verneinung der Legitimation - erfolglos angefochten worden und in Rechtskraft erwachsen. Er beinhaltete jedoch lediglich eine inzidente Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von § 17 GesG/ZH, welcher formell nach wie vor in Kraft steht, weshalb das Ergebnis der damaligen Prüfung das Bundesgericht für das vorliegende Verfahren nicht bindet. Ob § 17 GesG/ZH mit dem Rechtsgleichheitsgebot vereinbar ist, beurteilt das Bundesgericht mit freier Kognition ( BGE 126 I 180 E. 2a S. 182 mit

Hinweisen), und zwar aufgrund der heutigen Verhältnisse.

### **E. 3.2**

Es ist zuzugeben, dass die in § 17 GesG/ZH bezüglich des räumlichen Geltungsbereiches des Selbstdispensationsverbotes getroffene Unterscheidung sehr pauschal erscheint. Die vorgenommene räumliche Abgrenzung vermag insofern nicht zu befriedigen, als heute auch andere grosse Gemeinden im Kanton ein relativ dichtes Netz von Apotheken aufweisen und damit bezüglich der Medikamentenversorgung durch öffentliche Apotheken in gewissen Gebieten ausserhalb von Zürich und Winterthur ähnliche Verhältnisse wie in den genannten Städten bestehen können. Eine feinere räumliche Abgrenzung - falls überhaupt an einer abstrakten BGE 131 I 205 S. 215 gebietsweisen Umschreibung des Geltungsbereiches der beiden Regimes festgehalten und nicht, wie in den beiden abgelehnten Gesetzesvorlagen vorgesehen, auf eine an die jeweilige lokale Versorgungslage anknüpfende Regelung umgestellt wird - wäre daher wünschbar. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die in § 17 GesG/ZH festgelegte Abgrenzung aufgrund der heutigen Verhältnisse geradezu als verfassungswidrig einzustufen ist. Dem Gesetzgeber sind schematische Aufteilungen, wenn sie tendenziell vernünftig und sachgerecht erscheinen, nicht verwehrt. Die in § 17 GesG/ZH vorgenommene gebietsmässige Aufteilung hat insofern nach wie vor ihre Berechtigung, als jedenfalls in den beiden grossen Städten Zürich und Winterthur ein dichtes und durch öffentliche Verkehrsmittel gut erschlossenes Apothekennetz besteht, so dass für dieses Gebiet das Bedürfnis nach ärztlicher Selbstdispensation zulässigerweise generell verneint werden darf, während im übrigen Kantonsgebiet die Versorgungsmöglichkeit mit Medikamenten tendenziell nicht in gleicher Masse gewährleistet ist. Wohl mögen die Verhältnisse, was die Apothekendichte und die Erschliessung durch öffentliche Verkehrsmittel anbelangt, in gewissen Gebieten sich von jenen in den beiden grossen Städten kaum mehr unterscheiden, und die Versorgungslage, welcher der Gesetzgeber mit § 17 GesG/ZH Rechnung tragen wollte, dürfte sich im Laufe der Zeit auch insgesamt wesentlich geändert haben. Bevor jedoch der vom Gesetzgeber in § 17 GesG/ZH getroffenen Unterscheidung aus Gründen der Rechtsgleichheit die Verbindlichkeit abgesprochen wird, sind - unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsgebotes - die damit verbundenen Konsequenzen abzuwägen. Sowohl die generelle Zulassung der ärztlichen Selbstdispensation im ganzen Kantonsgebiet (so die Rechtsfolge nach der im Urteil des zürcherischen Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 1998 vertretenen Betrachtungsweise, welcher der Regierungsrat mit der angefochtenen Verordnungsänderung nach der Ablehnung der beiden Gesetzesvorlagen folgen möchte) als auch die als Alternative ebenfalls in Betracht fallende Ausdehnung des für die beiden Städte statuierten Selbstdispensationsverbotes auf den ganzen Kanton widersprechen klar dem Willen des historischen Gesetzgebers, wie er in § 17 GesG/ZH zum Ausdruck kommt. Eine Änderung des heutigen Zustandes in die eine oder andere Richtung hätte aber auch weitreichende sachliche Konsequenzen; die dadurch neu geschaffenen und nicht mehr ohne weiteres BGE 131 I 205 S. 216 reversiblen Verhältnisse könnten mit den Intentionen des heutigen kantonalen Gesetzgebers, welche aufgrund des Ergebnisses der kürzlich durchgeführten Abstimmungen über die beiden gescheiterten Gesetzesvorlagen nicht ohne weiteres erkennbar sind, kollidieren. Andererseits ist zu beachten, dass die Ungereimtheiten der heutigen räumlichen Abgrenzung des Selbstdispensationsverbotes unter dem Gesichtswinkel der Rechtsgleichheit wie auch des Gebotes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden insofern nicht schwer ins Gewicht fallen, als sie nicht den Kern der ärztlichen Tätigkeit, sondern nur einen potentiellen Nebenbereich derselben betreffen,

welcher aufgrund der ausbildungsbedingten Aufgabenteilung zwischen Ärzten und Apothekern so oder so von untergeordneter Bedeutung bleiben muss und legitimerweise nicht zu einem wichtigen Teil der ärztlichen Erwerbstätigkeit werden darf. Eine Abwägung dieser Umstände führt zum Schluss, dass die in § 17 GesG/ZH festgelegte Regelung, auch wenn sie mit nicht unbedenklichen Mängeln behaftet ist, weiterhin Geltung beanspruchen darf, solange der zuständige kantonale Gesetzgeber keine neue Ordnung beschlossen hat. Damit ist zugleich gesagt, dass für die streitige Verordnungsänderung - welche den aufgrund des Verwaltungsgerichtsurteils vom 26. Januar 1998 geschaffenen "faktischen" Rechtszustand gleichsam kodifizieren will - kein Raum besteht. Die angefochtene neue Verordnungsvorschrift ist in Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung aufzuheben. Eine Behandlung der weiteren Rügen erübrigt sich.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.