

BGer 2C_595/2020 vom 27. August 2021

Bundesgericht, 2021-08-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_595_2020

FR: TF 2C_595/2020 du 27 août 2021

IT: TF 2C_595/2020 del 27 agosto 2021

Erwägungen

E. 1.1

Das angefochtene Urteil unterliegt als verfahrensabschliessender, kantonal letztinstanzlicher Entscheid in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts und mangels Ausschlussgrund der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 lit. a, Art. 83 e contrario, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 90 BGG).

E. 1.2

Der Beschwerdeführer hat vorliegend - abgesehen vom wenig Sinn ergebenden Rückweisungsantrag - lediglich einen kassatorischen Antrag gestellt. Da die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein reformatorisches Rechtsmittel darstellt (Art. 107 Abs. 2 BGG), ist jedoch grundsätzlich ein reformatorischer Antrag zu stellen. Weil es vorliegend um eine belastende Anordnung geht, welche mit Aufhebung des angefochtenen Urteils entfällt, ist jedoch praxisgemäss ein kassatorischer Antrag zulässig (Urteil 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020 E. 1.2). Nachdem die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten (Art. 42, Art. 89 Abs. 1 und Art. 100 Abs. 1 BGG).

E. 1.3

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Bei der Prüfung wendet das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rechtsverletzungen prüft, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 142 I 135 E. 1.5). Der Eingriff in kantonales oder kommunales Recht bildet - soweit vorliegend interessierend - nur insofern einen eigenständigen Beschwerdegrund, als die Verletzung kantonaler verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht wird (Art. 95 lit. c BGG). Abgesehen davon kann das Bundesgericht die Auslegung und Anwendung kantonalen Rechts lediglich daraufhin überprüfen, ob dadurch Bundes-, Völker- oder interkantonales Recht verletzt wird (Art. 95 lit. a, b und e BGG). In der Praxis steht die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, insbesondere des Willkürverbots (Art. 9 BV), im Vordergrund (BGE 142 V 94 E. 1.3 ; 138 I 162 E. 3.3 ; 136 I 241 E. 2.5.2).

E. 1.4

Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht prüft das Bundesgericht nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist. Es ist klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids aufzuzeigen, inwiefern die entsprechenden Rechtsnormen verletzt worden sein sollen (Art. 106 Abs. 2 BGG ; strenges Rügeprinzip bzw. qualifizierte

Rüge- und Begründungspflicht). Andernfalls geht das Bundesgericht auf die Rüge nicht ein und eine Beschwerde kann selbst dann nicht gutgeheissen werden, wenn eine Rechtsverletzung tatsächlich vorliegt (BGE 139 I 229 E. 2.2 mit Hinweisen). Diese Grundsätze gelten ungeachtet dessen, ob die individuell-konkrete Rechtsanwendung oder die generell-abstrakte Rechtsetzung angefochten wird (Urteil 2C_894/2019 vom 11. November 2019 E. 2.3.2).

E. 1.5

Liegt ein Grundrechtseingriff vor, prüft das Bundesgericht in diesem Zusammenhang die Einhaltung des Legalitäts- und des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 36 Abs. 1 und 3 BV) grundsätzlich mit freier Kognition (Ausserhalb von Grundrechtseingriffen wird die Einhaltung bzw. Verletzung dieser Prinzipien [vgl. Art. 5 Abs. 1 und 2 BV] im Zusammenhang mit der Anwendung von kantonalem Recht dagegen nur unter dem Blickwinkel der Willkür [Art. 9 BV] geprüft, da es sich bei diesen nicht um Grundrechte, sondern um Verfassungsgrundsätze handelt; BGE 141 I 1 E. 5.3.2; 139 II 7 E. 7.3 ; 134 I 153 E. 4; Urteile 1C_557/2019 vom 21. April 2020 E. 2.1; 2C_342/2019 vom 11. Oktober 2019 E. 5.1).

E. 2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Eine Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen ist von Amtes wegen (Art. 105 Abs. 2 BGG) oder auf Rüge hin (Art. 97 Abs. 1 BGG) möglich. Von den tatsächlichen Grundlagen des vorinstanzlichen Urteils weicht das Bundesgericht jedoch nur ab, wenn diese offensichtlich unrichtig, sprich willkürlich, sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 142 I 135 E. 1.6). Eine entsprechende Rüge ist substantiiert vorzubringen; auf rein appellatorische Kritik an der Sachverhaltsfeststellung geht das Gericht nicht ein (BGE 140 III 264 E. 2.3; 139 II 404 E. 10.1).

E. 3

Unter dem Titel "Willkürliche Sachverhaltsfeststellung" rügt der Beschwerdeführer zunächst, der Sachverhalt sei vorinstanzlich "unkorrekt" ermittelt sowie offensichtlich unrichtig festgestellt worden. Er macht an dieser Stelle Ausführungen zur Auslegung von Art. 11 Notfalldienstreglement und § 38 GesG AG. Die (zutreffende) Auslegung ist allerdings eine Rechtsfrage, nicht eine Sachverhaltsfrage. Inwiefern der Sachverhalt vorinstanzlich willkürlich festgestellt worden sein soll, legt der Beschwerdeführer nicht dar, weshalb auf die Sachverhaltsrüge schon deshalb nicht weiter einzugehen ist.

E. 4

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens, ausgehend von der dem Beschwerdeführer auferlegten Ersatzabgabe, ist die Frage, ob einem Apotheker, welcher weiterhin mit seiner Apotheke Notfalldienst leisten möchte, diese Möglichkeit entzogen werden kann, wobei er nur noch die Wahl hat, sich entweder kapitalmässig an einer zentralen Notfallapotheke in Form einer Aktiengesellschaft zu beteiligen oder eine Ersatzabgabe zu bezahlen. Die Ersatzabgabe an sich bzw. die formell-gesetzliche Regelung derselben (§ 38 Abs. 2ter GesG AG) stellt der Beschwerdeführer demgegenüber ausdrücklich nicht in Frage. Er rügt denn auch nicht die Verletzung des Legalitätsprinzips im Abgaberecht (Art. 127 Abs. 1 BV), und zwar zurecht, denn die genannte Bestimmung (vgl. E. 5.1) regelt in den Grundzügen

den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe und die Bemessungsgrundlage und erfüllt somit die Anforderungen von Art. 127 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. d BV (vgl. BGE 143 II 87 E. 4.5; Urteil 2C_140/2018 vom 5. Juli 2018 E. 3.1). Da jedoch die Ersatzgabe eine rechtmässige Primärpflicht voraussetzt, ist zu prüfen, ob die zwangsweise Beteiligung an einer zentralen Notfallapotheke bzw. entsprechenden Aktiengesellschaft zulässig ist.

E. 5

[...]."

Das Notfalldienstreglement, welches sich unter anderem auf § 38 des GesG AG stützt, hält in Art. 5 [Notfalldienstregionen] Abs. 1 Folgendes fest:

"Das Gebiet des Kantons Aargau wird durch die Kommission in Notfalldienstregionen eingeteilt und die Kommission nimmt die gebietsmässige Zuweisung der einzelnen Apotheken vor. Die betroffenen Apotheken sind vor der Zuteilung anzuhören. Die Kommission kann Notfalldienstregionen mit weniger als vier Dienstapotheken mit einer benachbarten Notfalldienstregion zusammenlegen oder den Notfalldienst für eine oder mehrere Notfalldienstregionen an eine überregionale Notfalldienstorganisation, wie z.B. eine zentrale 24-Stunden-Apotheke übertragen."

Art. 11 [Dispensation] Notfalldienstreglement lautet zudem folgendermassen:

"Inhaber einer Betriebsbewilligung können bei Vorliegen von wichtigen Gründen auf Gesuch an den AAV vom Notfalldienst befreit werden. Ein wichtiger Grund ist insbesondere die Existenz einer im Notfalldienstkreis des Gesuchstellers liegenden überregionalen Notfalldienstorganisation, wie z.B. eine zentrale 24-Stunden-Apotheke, an welcher sich der Gesuchsteller nicht kapitalmässig beteiligt. Dispensationsgesuche müssen schriftlich an den Vorsitzenden der Kommission eingereicht werden. Die Kommission entscheidet im Namen des AAV über das Dispensationsgesuch. Die Dispensation ist mit einer jährlich zu entrichtenden gesetzlichen Ersatzabgabe verbunden."

E. 5.1

Gemäss Art. 40 [Berufspflichten] lit. g MedBG (Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe; SR 811.11) halten sich Personen, die einen universitären Medizinalberuf (wozu auch Apotheker gehören, vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. d MedBG) in eigener fachlicher Verantwortung ausüben, an folgende Berufspflichten:

"Sie leisten in dringenden Fällen Beistand und wirken nach Massgabe der kantonalen Vorschriften in Notfalldiensten mit."

§ 38 GesG AG (Titel Notfalldienst) lautet folgendermassen:

"1 Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Tierärztinnen und Tierärzte sowie Apothekerinnen und Apotheker, die im Besitz einer Berufsausübungsbewilligung sind, sowie deren Stellvertretungen sind verpflichtet, ambulanten Notfalldienst zu leisten.

2 Die Organisation des ambulanten Notfalldiensts erfolgt für sämtliche notfalldienstpflichtigen Personen mit Ausnahme der Tierärztinnen und Tierärzte durch die betreffenden Berufsverbände. Die pflichtigen Personen haben sich dabei gemäss den vom jeweiligen Berufsverband in ihrer Dienstregion beschlossenen Modalitäten zu beteiligen. Die Berufsverbände können

a) bei Vorliegen wichtiger Gründe Personen vom ambulanten Notfalldienst befreien, sofern die ambulante Notfalldienstversorgung weiterhin sicherge stellt ist,

b) von den vom ambulanten Notfalldienst befreiten Personen eine zweck gebundene Entschädigung gemäss den Absätzen 2bis und 2ter erheben.

2 bis [...].

2 ter Bei den vom Notfalldienst befreiten Apothekerinnen und Apothekern beträgt die jährliche Ersatzabgabe 3 % des AHV-pflichtigen Einkommens aus der Apothekertätigkeit, mindestens Fr. 6'000.-, maximal Fr. 10'000.-.

3 [...].

4 [...].

E. 5.2

Der Beschwerdeführer rügt im Zusammenhang mit den vorgenannten Vorschriften eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Er möchte mit seiner Apotheke weiterhin Notfalldienst leisten. Dadurch, dass er gezwungen werde, sich zwischen der Beteiligung an der zentralen Notfallapotheke - sprich Aktienkauf, Abschluss eines Aktionärsbindungsvertrages, Gewährung eines Aktionärsdarlehens - und der Bezahlung einer Ersatzabgabe zu entscheiden, werde er in seiner entsprechenden Grundrechtsposition verletzt. Diesbezüglich fehle es an einer (den Grundrechtseingriff rechtfertigenden) genügenden, gesetzlichen Grundlage, am öffentlichen Interesse und an der Verhältnismässigkeit.

E. 5.3

Die Vorinstanz hat diesbezüglich unter anderem erwogen, beim Notfalldienst der Apotheker handle es sich gemäss Art. 40 lit. g MedBG und § 38 Abs. 1 GesG AG um eine öffentliche Aufgabe, welche Privaten (zur Ausführung) übertragen werde. Diese stehe als solche nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Letztere beziehe sich auf die freie Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeit und vermittele keinen Anspruch auf Übertragung oder Ausübung öffentlicher Aufgaben.

E. 5.4

Art. 27 BV gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit, insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (BGE 143 I 388 E. 2.1 ; 142 I 162 E. 3.2.1). Der Notfalldienst an sich im Sinne der Sicherstellung der Medikamentenversorgung der Bevölkerung ausserhalb der gewöhnlichen Öffnungszeiten der Apotheken ist eine öffentliche Aufgabe (vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 4. Aufl. 2018 [Gesundheitsrecht], Rz. 300; SPRUMONT/GUINCHARD/SCHORNO, in: Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont [Hrsg.], Kommentar Medizinalberufegesetz, 2009 [Kommentar MedBG 2009], N. 79 zu Art. 40 MedBG). Die

Verpflichtung des Apothekers, Notfalldienst zu leisten, stellt entgegen der Vorinstanz einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, da dessen Freiheit, seine Geschäftstätigkeit und auch seine Freizeit zu gestalten, beeinträchtigt wird (vgl. zur Notfalldienstpflicht des Arztes GÄCHTER/TREMP, Arzt und seine Grundrechte, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2007 [Arztrecht in der Praxis], S. 33 f.; SIMON GRAF, Notfalldienstpflicht der Ärzte in privater Praxis, S. 9 f., in: Jusletter, 30. Januar 2012). Die

Situation ist insofern vergleichbar mit jener der Rechtsanwältin, welche gezwungen ist, amtliche Mandate zu übernehmen (BGE 132 I 201 E. 7.1; Urteil 2P.248/2001 vom 20. Dezember 2001 E. 2.b). Allerdings ist vorliegend der Umstand strittig, dass der Beschwerdeführer nur die Wahl hat, sich zwischen einer Beteiligung an der zentralen Notfallapotheke bzw. der C._____ AG und der Bezahlung einer Ersatzabgabe zu entscheiden, obwohl er persönlich Notfalldienst leisten möchte. Dabei handelt es sich nicht bloss um eine Regelung innerhalb der öffentlichen Aufgabe bzw. im Rahmen der Ausübung derselben, welche dem Geltungsbereich der Wirtschaftsfreiheit entzogen wäre (vgl. BGE 141 I 124 E. 3.2, 4.1 und BGE 132 I 201 E. 7.1, E. 8.5 ff., wobei Tarife, welche dermassen tief sind, dass sie bloss einen symbolischen Verdienst ermöglichen, die Wirtschaftsfreiheit wiederum tangieren). Vielmehr geht es direkt um die Verpflichtung zum Notfalldienst, welche nicht mehr persönlich mittels der eigenen Apotheke, sondern nur noch mittels Beteiligung an der C._____ AG oder Bezahlung einer Ersatzabgabe erfüllt werden kann. Dadurch wird in die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers eingegriffen.

E. 5.5

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind gemäss Art. 36 BV zulässig, wenn dafür eine genügende gesetzliche Grundlage besteht, die Einschränkung im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist sowie der Kerngehalt des Grundrechts nicht beeinträchtigt wird (BGE 144 II 147 E. 7.1 ; 142 I 162 E. 3.2.2).

E. 6.1

Die Beantwortung der Frage, ob die vorliegende kantonale Regelung (vgl. E. 5.1 oben) eine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV darstellt, umfasst zwei Teilgehalte. Einerseits ist zu prüfen, ob der Kanton Aargau über die gesetzgeberische Kompetenz verfügt, den Notfalldienst von Apothekern so zu regeln, dass diese nur noch die Wahl haben, sich entweder kapitalmässig an einer (die zentrale Notfallapotheke betreibenden) Gesellschaft zu beteiligen oder eine Ersatzabgabe zu bezahlen, sprich einem Apotheker die Möglichkeit der persönlichen Notfalldienstleistung (mit der eigenen Apotheke) zu entziehen. Ausserdem fragt es sich, ob die getroffene Regelung den Anforderungen bezüglich Normhierarchiestufe genügt. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten im formellen Gesetz selbst vorgesehen sein müssen (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Vorliegend erscheint die blossige Wahl zwischen der Beteiligung als Aktionär der C._____ AG und der Bezahlung einer Ersatzabgabe in qualitativer Hinsicht als problematisch. Wer nicht den Ausweg der Bezahlung einer Ersatzabgabe wählt, muss sich an einer Gesellschaft beteiligen. Damit wird doch in einem Ausmass in die Freiheit, in welcher Weise die eigene wirtschaftliche Tätigkeit als Ganzes strukturiert wird, eingegriffen (vgl. E. 5.4 oben), dass nicht mehr von einem bloss leichten Grundrechtseingriff ausgegangen werden kann. Es liegt ein schwerer Grundrechtseingriff vor.

Zwar delegiert § 38 GesG AG die Organisation des Notfalldienstes grundsätzlich zulässigerweise an die Berufsverbände. Die zwangsweise Beteiligung an der zentralen Notfallapotheke, welche auch in einem Spannungsverhältnis zur negativen Vereinigungsfreiheit steht (vgl. E. 6.2.4 unten), wurde jedoch bloss auf Reglementsstufe eingeführt. Wenn schon hätte eine solche Primärpflicht im formellen Gesetz selbst verankert werden müssen (vgl. dazu ausführlich BGE 143 I 253 E. 6.1 ff.; 137 II 409 E. 6.3 f. ; 134 I 322 E. 2.6/2.6.1 ff.). Die gewählte Normhierarchiestufe (Notfalldienstreglement)

erweist sich deshalb als ungenügend. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Thema ist nicht erforderlich, da die vorgesehene Primärpflicht (vgl. E. 4 oben) gemäss nachfolgenden Ausführungen auch aus anderen Gründen rechtswidrig ist.

E. 6.2.1

Das Gesundheitswesen ist nach wie vor in vielen Bereichen eine Domäne der Kantone, welche diesbezüglich und selbst betreffend die Ausübung universitärer Medizinalberufe weiterhin über gewisse Gesetzgebungskompetenzen verfügen (BGE 143 I 352 E. 3.1 in fine; Urteil 2C_236/2020 vom 28. August 2020 E. 3.3.2; insbesondere bezüglich der Berufsausübung, welche

nicht in eigener fachlicher Verantwortung erfolgt; vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. e und Art. 40 MedBG). Der Erlass des MedBG und anderer Erlasse im Gesundheitswesen (z. B. Bundesgesetz vom 30. September 2016 über die Gesundheitsberufe [GesBG]; SR 811.21) zeigt allerdings auch, dass der Bundesgesetzgeber zunehmend Einfluss auf das Gesundheitswesen nimmt, gewisse Materien vereinheitlicht und entsprechende kantonale Kompetenzen verdrängt (YVES DONZALLAZ, *Traité de droit médical*, Vol. I, 2021 [droit médical I], Rz. 1152, 1166; GÄCHTER/RÜTSCHKE, *Gesundheitsrecht*, N. 313 f.). Der kantonale Gesetzgeber hat den Rahmen der Bundesverfassung und der einschlägigen Bundesgesetze zu beachten.

E. 6.2.2

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Tragweite von Art. 40 lit. g MedBG bzw. nach der Vereinbarkeit der betroffenen kantonalen Regelung mit Bundesgesetzrecht. Art. 40 lit. g MedBG ist deshalb auszulegen. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (sog. Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt (BGE 147 II 25 E. 3.3; 145 II 182 E. 5.1; 143 II 699 E. 3.3).

E. 6.2.3

Der Wortlaut von Art. 40 lit. g MedBG (vgl. E. 5.1 oben) führt die Pflicht, in dringenden Fällen - sprich einer Notsituation - Beistand zu leisten (Beistandspflicht), was naturgemäss eine persönliche Leistungspflicht mit sich bringt, und die Mitwirkung in Notfalldiensten nach Massgabe der kantonalen Vorschriften auf. Der französischsprachige Gesetzestext "participer aux services d'urgence conformément aux dispositions cantonales" deutet in Richtung einer persönlichen Leistung von Notfalldienst, wobei auch hier die Frage offenbleibt, in welchem Ausmass die Kantone den Notfalldienst regeln können (ebenso die italienische Fassung "partecipare ai servizi di emergenza conformemente alle prescrizioni cantonali"). Der Wortlaut beantwortet die aufgeworfene Frage somit nicht. Die Botschaft zum MedBG (Botschaft zum MedBG vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173 ff., 229) verweist bezüglich der "Details" "allfälliger" Notfalldienste auf das kantonale Recht, was ebenfalls wenig aufschlussreich ist (Was der Gesetzgeber unter "Details" verstand, ist

unklar, während die Formulierung "allfälliger" zum Schluss führen könnte, dass ein Notfalldienst gar nicht eingerichtet werden muss).

In systematischer Hinsicht spricht der Umstand, dass die Beistandspflicht und der Notfalldienst im selben Satz erwähnt sind, eher für einen persönlich wahrzunehmenden Notfalldienst. Sinn und Zweck des Notfalldienstes der Apotheker ist die Sicherstellung der Medikamentenversorgung der Bevölkerung ausserhalb der gewöhnlichen Öffnungszeiten (vgl. E. 5.4 oben). Dementsprechend stellt der Notfalldienst für die betroffenen Apotheker eine Last dar. Eine Dispensation vom Notfalldienst ist laut § 38 Abs. 2 lit. a GesG AG denn auch nur aus wichtigen Gründen möglich und notfalldienstpflichtig sind alle Apotheker mit Berufsausübungsbewilligung (§ 38 Abs. 1 GesG AG), d.h. die fehlende Mitgliedschaft beim Berufsverband dispensiert nicht vom Notfalldienst. Demselben Muster folgt auch der ärztliche Notfalldienst, welcher als Dienst verstanden wird, der einen Präsenz- bzw. Bereitschaftsdienst einschliesst (vgl. bezüglich des Thurgauer Gesundheitsgesetzes Urteil 2C_807/2010 vom 25. Oktober 2011 E. 2.3 ff.; GÄCHTER/TREMP, Arzt und seine Grundrechte, in: Arztrecht in der Praxis, S. 35).

In einem kürzlich ergangenen Urteil hat sich das Bundesgericht mit der Zürcher Gesundheitsgesetzgebung beschäftigt (und dessen Anwendung als verfassungskonform qualifiziert), welche eine Dispensation vom ärztlichen Notfalldienst

ohne Ersatzabgabe unter anderem vorsieht, wenn ein Arzt bereits in einer Institution mit Notfalldienst und Versorgungsauftrag der öffentlichen Hand tätig ist, spricht bereits andernorts persönlich im Notfalldienst mitwirkt, wogegen ein Arzt, welcher aus objektiven Gründen keinen Notfalldienst leisten kann (z. B. weil er sich aufgrund seiner Fachrichtung nicht dafür eignet), trotzdem eine Ersatzabgabe entrichten muss (Urteil 2C_109/2021 vom 28. Juni 2021 E. 4.3, 7.2). GÄCHTER/TREMP halten bezüglich Notfalldienst fest, es müsse gewährleistet sein, dass die Ärztinnen und Ärzte für ihre zusätzliche Belastung angemessen entschädigt würden. Eine über die Notfalldienstpflicht hinausgehende finanzielle Mehrbelastung dieser Berufsgruppe liesse sich nicht rechtfertigen (GÄCHTER/TREMP, Arzt und seine Grundrechte, in: Arztrecht in der Praxis, S. 35). Die Autoren gehen somit von einem persönlich zu erbringenden Notfalldienst aus, wobei vorliegend die finanzielle Belastung durch Beteiligung an der C._____ AG nicht zusätzlich zum Notfalldienst hinzutritt, sondern an dessen Stelle.

E. 6.2.4

Ausserdem hat die Auslegung von Art. 40 lit. g MedBG verfassungskonform zu erfolgen (vgl. zur verfassungskonformen Auslegung BGE 145 IV 404 E. 1.5.3; Urteil 2C_1040/2018 vom 18. März 2021 E. 4.1, zur Publ. vorgelesen).

E. 6.2.4.1

Diesbezüglich ist die negative Vereinigungsfreiheit (Art. 23 Abs. 3 BV) zu beachten, wonach niemand gezwungen werden darf, einer Vereinigung beizutreten oder anzugehören. Zumindest in diesem Rahmen umfasst der Begriff "Vereinigung" auch juristische Personen. Rechtsprechungsgemäss kann zwar die Zwangsmitgliedschaft bei einer "Vereinigung" angeordnet werden, wenn dafür ein genügendes öffentliches Interesse und eine genügende gesetzliche Grundlage besteht und die Zwangsmitgliedschaft verhältnismässig ist (Art. 36 Abs. 1, 2 und 3 BV ; BGE 124 I 107 E. 4.b; Urteil 2C_116/2011 vom 29. August 2011 E. 9.1). Eine Zwangsmitgliedschaft rechtfertigt sich aber nur ausnahmsweise und unter strengen Voraussetzungen (vgl. Urteil 2C_825/2011 vom 25. April 2012 E. 2.2.4).

E. 6.2.4.2

Die Vorinstanz hat (unabhängig von Art. 40 lit. g MedBG) im Wesentlichen erwogen (E. 3.1 angefochtenes Urteil), der Eingriff in Art. 23 Abs. 3 BV , welcher mit der Beteiligung an der C._____ AG einhergehe, sei verfassungsmässig, insbesondere verhältnismässig. Wenn es den Apothekern erlaubt werde, neben der zentralen 24-h-Notfallapotheke weiterhin persönlich Notfalldienst zu leisten, werde die aus Sicht der Patienten insgesamt vorteilhaftere Lösung gefährdet.

E. 6.2.4.3

Vorliegend wird die persönliche Leistung von Notfalldienst durch eine Zwangsmitgliedschaft ersetzt. Es mag sein, dass das angestrebte, im öffentlichen Interesse liegende Ziel mit einem Turnussystem weniger komfortabel erreicht werden kann als mit einer zentralen 24-h-Notfallapotheke. Die Zwangsmitgliedschaft in einer Vereinigung ist jedoch auf Ausnahmefälle beschränkt. Die Mitwirkung im Notfalldienst im Sinne von Art. 40 lit. g MedBG ist deshalb vor dem Hintergrund von Art. 23 Abs. 3 BV nicht so zu verstehen, dass sie ausschliesslich in Form einer finanziellen Beteiligung an einer zentralen Notfallapotheke erfolgen kann.

E. 6.2.5

Ausserdem ist für das Verständnis von Art. 40 lit. g MedBG und das Zusammenspiel mit § 38 Abs. 2ter GesG AG auch die Konzeption der Ersatzabgabe, welche regelmässig bei der Dispensation vom Notfalldienst erhoben wird, zu beachten. Diese (Konzeption) geht von einer Haupt- oder Primärpflicht aus. Wird diese nicht geleistet, tritt an deren Stelle als Ausgleich für die Belastungen oder Nachteile, welche der Pflichtige nicht zu tragen hat, die Ersatzabgabe. Die Primärpflicht liegt in einer persönlichen Dienst- oder Sachleistung, z. B. dem Feuerwehr- oder Militärdienst (dementsprechend: als Ersatzabgabe bei Nichtleistung Feuerwehrpflicht- oder Militärpflichtersatz) oder eben dem Notfalldienst (Urteile 2C_109/2021 vom 28. Juni 2021 E. 7.2.2; 2C_807/2010 vom 25. Oktober 2011 E. 3.2; DONZALLAZ, droit médical II, Rz. 5715; PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Aufl. 2016, S. 5; MARTIN KOCHER, Die bundesgerichtliche Kontrolle von Steuernormen, 2018, Rz. 1804). Auch die Ersatzabgabe gemäss § 38 Abs. 2ter GesG AG folgt diesem Verständnis.

Es würde dem Sinn und Zweck des Notfalldienstes und der Konzeption der Ersatzabgabe gemäss den vorstehenden Ausführungen widersprechen, wenn einem Apotheker, welcher bereit ist, die eigentliche Primärpflicht bzw. den Notfalldienst persönlich zu leisten, diese Möglichkeit entzogen und stattdessen - als einzige Alternative zur Beteiligung an einer zentralen Notfallapotheke - eine Ersatzabgabe auferlegt würde.

E. 6.2.6

Art. 40 lit. g MedBG ist deshalb so auszulegen, dass es einem Apotheker, der gewillt ist, persönlich Notfalldienst zu leisten, möglich sein muss, in diesem Sinne beim Notfalldienst mitzuwirken. Die Lehre geht zwar - nicht zuletzt aufgrund des Wortlauts von Art. 40 lit. g MedBG ("[...] nach Massgabe der kantonalen Vorschriften [...]") - bezüglich der Regelung des Notfalldienstes von einer weit zu verstehenden kantonalen Kompetenz aus (vgl. MARTI/STRAUB, Arzt und Berufsrecht, in: Arztrecht in der Praxis, S. 236; BORIS ETTER, SHK, Medizinalberufegesetz, 2006, N. 45 zu Art. 40 MedBG ; WALTER FELLMANN, in: Kommentar MedBG 2009, N. 143 zu Art. 40 MedBG ; SPRUMONT/GUINCHARD/SCHORNO, in: Kommentar MedBG 2009, N. 84 zu Art. 40

MedBG ; GÄCHTER/TREMP, Arzt und seine Grundrechte, in: Arztrecht in der Praxis, S. 34). Es ist in der Tat Sache der Kantone, den Notfalldienst weitgehend zu regeln. Die kantonale Kompetenz geht aber nicht soweit, dass sie eine Regelung vorsehen kann, welche einem Apotheker, der gewillt ist, persönlich Notfalldienst zu leisten, nur die Wahl zwischen der finanziellen Beteiligung an einer zentralen Notfallapotheke oder Bezahlung einer Ersatzabgabe lässt. Dies würde den Rahmen von Art. 40 lit. g MedBG sprengen. Art. 11 des Notfalldienstreglements ist insoweit bundesrechtswidrig.

E. 7

Wenn somit vorliegend die Primärpflicht im Sinne der zwangsweisen Beteiligung an einer zentralen Notfallapotheke bzw. der C. _____ AG unrechtmässig ist, kann die diese substituierende, vorliegend konkret gegenüber dem Beschwerdeführer erhobene Ersatzabgabe ihrerseits nicht rechtmässig sein. Die gegenüber dem Beschwerdeführer erhobene Ersatzabgabe entfällt deshalb vorliegend.

E. 8.1

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich demzufolge als begründet und ist gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben.

E. 8.2.1

Der Apothekerverband nimmt in der vorliegenden Streitsache eine öffentlich-rechtliche Aufgabe im Sinne von Art. 66 Abs. 4 BGG wahr (vgl. § 38 Abs. 2 GesG AG). Da jedoch die Ersatzabgabe des Beschwerdeführers entfällt und der Apothekerverband insoweit in seinen Vermögensinteressen betroffen ist, sind letzterem dennoch die Gerichtskosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 65 BGG) aufzuerlegen. Ausserdem hat der Apothekerverband dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

E. 8.2.2

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen der kantonalen Rechtsmittelverfahren sind entsprechend dem Verfahrensausgang neu festzulegen und die Sache wird diesbezüglich an die Vorinstanz zurückgewiesen (Art. 67, Art. 68 Abs. 5 BGG).

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