

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00229 vom 26. Februar 1998**

ZH Verwaltungsgericht, 1998-02-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2005.00229](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2005.00229)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00229 du 26 février 1998

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00229 del 26 febbraio 1998

## **Regeste**

Heilmittelabgabe | Selbstdispensation der Ärzte: Widerruf der Bewilligungen (Ausgangslage: Das Bundesgericht hat mit Entscheid 2P.131/2004 - jedenfalls faktisch - die Rechtslage gemäss § 17 des Gesundheitsgesetzes in der Fassung von 1962 wiederhergestellt, wonach nur Ärzte ausserhalb der Städte Zürich und Winterthur Medikamente selber abgeben dürfen. In der Folge hat die Gesundheitsdirektion diejenigen Ärzte in Zürich und Winterthur, die 1998 aufgrund des Verwaltungsgerichtsurteils vom 26. Februar 1998 eine Selbstdispensationsbewilligung erhalten hatten, mit einem Schreiben darauf hingewiesen, dass sie nun innert acht Wochen die Medikamentenbestände aufzulösen hätten.) Das Verwaltungsgericht ist zuständig; Direktbeschwerde (E. 2.1 am Anfang). Die Beschwerde führenden Ärzte hatten im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung ein schutzwürdiges Interesse feststellen zu lassen, ob dem Schreiben tatsächlich kein Verfügungscharakter zukommt (E. 2.1 am Ende). Im Zeitpunkt der Urteilsfällung haben sie jedoch kein entsprechendes Interesse mehr, da inzwischen die Gesundheitsdirektion den Bewilligungsentzug förmlich verfügt hat. Abschreibung infolge Gegenstandslosigkeit (E. 2.2). Hinweise für die weitere Verfahrensabwicklung: Die achtwöchige Liquidationsfrist begann nicht automatisch mit der Mitteilung des Entscheids des Bundesgerichts zu laufen. Es bedarf eines förmlichen Widerrufs (der nun im Verlauf des Beschwerdeverfahrens erfolgt ist) (E. 3.1). Es ist fraglich, ob Apotheker einen Anspruch auf Beiladung in die zukünftigen Verfahren betreffend Widerruf der Selbstdispensationsbewilligung ableiten können (E. 3.2). Der Entscheid des Bundesgerichts schafft einen gewichtigen Ansatzpunkt, um die Bewilligungen zu widerrufen. Der Entscheid kann nicht einer Praxisänderung gleichgestellt werden, die einen Widerruf nur ausnahmsweise rechtfertigen kann. Ein Bestandesschutz wurde durch den Wortlaut der Bewilligungen ausgeschlossen (E. 3.3.1). Die Argumente, mit denen die Beschwerdeführer eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit rügen, sind kaum geeignet, einen Widerruf der Bewilligung als verfassungswidrig darzutun, denn das Verwaltungsgericht hat im Urteil vom 26. Februar 1998 § 17 GesundheitsG ausdrücklich als mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar gewürdigt. Ein öffentliches Interesse an einem Widerruf besteht, weil damit eine stossende Ungleichheit unter den Ärzten in Zürich und Winterthur beseitigt wird (E. 3.3.2).

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Im Hinblick auf die mit dem Schreiben vom 19. April 2005 geschaffene unklare Situation und im Interesse einer zweckmässigen weiteren Verfahrensabwicklung erscheinen die folgenden Erwägungen angebracht.

### E. 3.1

Die Gesundheitsdirektion macht in der Beschwerdeantwort geltend, aufgrund des Urteils des Bundesgerichts sei nunmehr "zumindest die Bedingung in Dispositiv-Ziffer 3a der Bewilligung eingetreten, weshalb ohne weitere formelle Anordnung die Rechtsfolgen von Dispositiv-Ziffer 4 zum Tragen" kämen. Sie habe sich daher bis jetzt nicht veranlasst gesehen, "diesen Umstand formell zu verfügen". Das angefochtene Schreiben vom 19. April 2005 stelle dementsprechend eine "reine Vollzugshandlung" dar. Die Direktion stellt sich damit – wie schon andeutungsweise im Schreiben vom 19. April 2005 – auf den Standpunkt, aufgrund des bundesgerichtlichen Urteils vom 9. März 2005 bedürfe es keiner Widerrufungsverfügung mehr. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Der Vorbehalt in Ziffer 3a der Bewilligungsverfügungen vom 8. Juni 1998 bezieht sich auf den Fall, dass das verwaltungsgerichtliche Urteil vom 26. Februar 1998 vor Bundesgericht angefochten und von diesem aufgehoben werde. Dass die Gesundheitsdirektion bei Erteilung dieser Bewilligungen am 8. Juni 1998 von der am gleichen Tag tatsächlich eingereichten Beschwerde eines Apothekeninhabers noch keine Kenntnis hatte, vermag hieran angesichts des klaren Wortlauts des Vorbehalts nichts zu ändern. Dementsprechend wurde auch die in Ziffer 4 der Bewilligungsverfügungen vorgesehene Liquidationsfrist von acht Wochen an das "Datum der Mitteilung einer allfälligen Aufhebung des Verwaltungsgerichtsurteils durch das Bundesgericht" geknüpft. Durch das Bundesgerichtsurteil vom 9. März 2005 ist das Verwaltungsgerichtsurteil vom 26. Februar 1998 nicht aufgehoben worden. Vielmehr hat das Bundesgericht damit den Beschluss des Regierungsrats vom 10. März 2004 aufgehoben, und zwar aufgrund einer Beschwerde, die sich nicht gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil vom 26. Februar 1998, sondern gegen den regierungsrätlichen Beschluss vom 10. März 2004 richtete. Freilich beinhaltet der aufgehobene Beschluss des Regierungsrats eine Freigabe des Medikamentenverkaufs durch Ärzte im ganzen Kanton (wie sie seitens der Gesundheitsdirektion in der Folge des verwaltungsgerichtlichen Urteils vom 26. Februar 1998 mit der Erteilung entsprechender Bewilligungen zunächst angestrebt wurde), und hat das Bundesgericht die Aufhebung dieses Beschlusses im Wesentlichen damit begründet, die Regelung von § 17 GesundheitsG könne, auch wenn sie mit nicht unbedenklichen Mängeln behaftet sei, entgegen der im verwaltungsgerichtlichen Urteil vom 26. Februar 1998 vorgenommenen Beurteilung weiterhin Geltung beanspruchen (E. 3.2). Das ändert jedoch nichts daran, dass der in Ziffer 3a der Bewilligungsverfügungen vom 8. Juni 1998 gemachte Vorbehalt zumindest formell nicht eingetreten ist und dementsprechend die in Ziffer 4 dieser Verfügungen gesetzte Liquidationsfrist nicht zu laufen begann. Im Urteil vom 26. Februar 1998 hat das Verwaltungsgericht eine konkrete (inzidente) Normenkontrolle vorgenommen, weshalb § 17 GesundheitsG auch nach dieser Entscheidung formell in Kraft geblieben ist, worauf denn auch im bundesgerichtlichen Urteil hingewiesen wird (E. 3.1). Demgegenüber hatte das Bundesgericht in seinem Urteil bezüglich der nunmehr angefochtenen Änderung von § 51 HeilmittelV eine abstrakte Normenkontrolle vorgenommen, welche Beurteilung (weil sie bezüglich der Frage der Verfassungsmässigkeit von § 17 GesundheitsG anders als jene des Verwaltungsgerichts ausgefallen ist) zu einer Aufhebung der vom Regierungsrat beschlossenen Ordnungsänderung führte. Bei der nunmehr eingetretenen Rechtslage sind die am 8. Juni 1998 erteilten Bewilligungen nicht automatisch erloschen. Will die Gesundheitsdirektion diese Bewilligungen widerrufen (wofür gute Gründe bestehen; vgl. nachfolgend E. 3.3), muss dies durch formelle Verfügungen erfolgen. Dazu genügen auch blosse "Vollzugsverfügungen" (etwa zur Präzisierung des Laufes der Liquidationsfrist)

nicht; erforderlich sind vielmehr eigentliche Sachverfügungen, in denen der Widerruf der Bewilligungen begründet wird. Auch die Beschwerdegegnerin geht nunmehr, jedenfalls mit ihrer Eventualbegründung in E. 3 ihrer Verfügungen vom 4. Juli 2005, von dieser Betrachtungsweise aus.

### **E. 3.2**

Wie erwähnt (vorn unter Ziffer VI der Prozessgeschichte) hat die Gesundheitsdirektion den 78 Ärzten in Zürich und Winterthur, welche 1998 eine Selbstdispensationsbewilligung erhielten, im Rahmen der Sammelverfügung vom 3. Mai 2005 zur Kenntnis gebracht, dass sie um "eine formale kostenpflichtige Verfügung über den Weiterbestand der Bewilligung" ersuchen könnten. Mit jener Sammelverfügung wurde gegenüber diesen Ärzten ein "Anhörungsverfahren" eröffnet, um ihnen Gelegenheit zum Gesuch von 31 Apothekern auf Einbezug in die Verfahren betreffend Erteilung von Selbstdispensationsbewilligungen zu geben. Es ist jedoch – zumindest aufgrund der vorliegenden Akten – nicht nachvollziehbar, weshalb dieses Anhörungsverfahren überhaupt eröffnet wurde. Denn das Beiladungsgesuch der 31 Apotheker wurde bereits am 24. Dezember 2004 gestellt, in welchem Zeitpunkt noch ungewiss war, wie das Bundesgericht im Beschwerdeverfahren 2P.131/2004 entscheiden werde, und das Beiladungsgesuch war offenkundig in erster Linie darauf ausgerichtet, in den seit September 1998 sistierten Bewilligungsverfahren mitwirken zu können, um eine Neuerteilung von Bewilligungen zu verhindern. – Selbst wenn ein solcher Beiladungsanspruch der Apotheker bezüglich hängiger Bewilligungsverfahren zu bejahen wäre (wofür ein Ansatzpunkt darin erblickt werden kann, dass das Bundesgericht im in der Zwischenzeit ergangenen Urteil vom 9. März 2005 in legitimationsrechtlicher Hinsicht eine Kehrtwendung vollzogen hat, welche seinen Entscheid vom 15. Juni 1999 sowie ein zur Beiladungsfrage ergangenes Verwaltungsgerichtsurteil vom 20. August 1998 [RB 1998 Nr. 42 = ZBl 100/1999 S. 436] allenfalls als überholt erscheinen lässt), bleibt fraglich, ob hieraus auch ein Beiladungsanspruch der Apotheker in Verfahren betreffend den Widerruf erteilter Selbstdispensationsbewilligungen abgeleitet werden könne. Dies ist jedoch hier nicht näher zu erörtern; es genügt der Hinweis, dass sich aufgrund der im Beiladungsgesuch gestellten Anträge die Eröffnung des erwähnten "Anhörungsverfahrens" nicht ohne weiteres aufgedrängt hätte.

### **E. 3.3**

Zur Begründung ihres Eventualantrages, von einem Widerruf der Bewilligungen abzusehen, machen die Beschwerdeführer in erster Linie geltend, ein solcher Widerruf verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. das daraus abgeleitete Gebot des Vertrauensschutzes und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (Art. 5 Abs. 3 und 9 der Bundesverfassung, BV), gegen die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und gegen das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV).

#### **E. 3.3.1**

Wenn die Beschwerdeführer im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Vertrauensschutz den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 1998 als "immer noch massgebend" und die Erwägung des Bundesgerichts, wonach § 17 GesundheitsG auch nach jenem Verwaltungsgerichtsentscheid immer noch formell Geltung habe beanspruchen dürfen, als blosses "obiter dictum" bezeichnen (Beschwerdeschrift Ziffer 41 und 42), so trifft dies nach dem Ausgeführten nicht zu, ebenso ihr hieraus gezogener Schluss, der Bundesgerichtsentscheid vom 9. März 2005 habe "für den vorliegenden Fall" (mithin

hinsichtlich der Zulässigkeit eines Widerrufs) "überhaupt keine Relevanz" (Beschwerdeschrift Ziffer 43). Der Bundesgerichtsentscheid schafft durchaus einen gewichtigen Ansatzpunkt, um die Bewilligungen – im Sinn einer Anpassung an eine geänderte Rechtslage – zu widerrufen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 86a-86d N. 13; Max Imboden/René Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I bzw. Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1985 bzw. 1990, je Nr. 45 B II; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002 Rz. 994 f.). Es verhält sich im Übrigen auch nicht so, dass das bundesgerichtliche Urteil vom 9. März 2005 einer "Praxisänderung" gleichzustellen wäre, welche sowohl das Zurückkommen auf eine fehlerhafte Verfügung wie auch die Anpassung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung nur ausnahmsweise zu rechtfertigen vermag (vgl. Häfelin/Müller, Rz. 999; Imboden/Rhinow/Krähenmann, Nr. 45 B III). Dies deswegen nicht, weil die Gesundheitsdirektion noch im Jahre 1998 die Erteilung von Bewilligungen stoppte, was auf entsprechende Beschwerden von Ärzten hin vom Verwaltungsgericht und Bundesgericht wiederholt geschützt wurde (vgl. vorn Ziffer II der Prozessgeschichte). Selbst wenn aber die Tragweite des Bundesgerichtsurteils im Hinblick auf die im Sommer 1998 noch erteilten Bewilligungen einer Praxisänderung gleichgesetzt würde, hat dieses Urteil eine Lage geschaffen, welche eine Überprüfung der erteilten Bewilligungen auch aufgrund einer solchen Betrachtungsweise rechtfertigen würde: Die Rechtsprechung lässt nämlich den Widerruf von Verfügungen gestützt auf eine Praxisänderung dort gelten, wo die neue Praxis in einem solchen Mass allgemeine Verbreitung gefunden hat, dass deren Nichtbefolgung als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz gelten würde. Zu bedenken ist schliesslich, dass ein Vertrauensschutz für Adressaten der Bewilligungsverfügungen vom Juni 1998 über die in Ziffer 3a und 3b gemachten Vorbehalte hinaus von vornherein dadurch eingeschränkt wird, dass im Ingress dieser Ziffer ein Bestandesschutz ausdrücklich ausgeschlossen wurde.

### **E. 3.3.2**

Soweit die Beschwerdeführer eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit geltend machen (Beschwerdeschrift Ziffer 50 ff.), bringen sie weitgehend Argumente vor, die dann eingehend zu prüfen wären, wenn es primär darum ginge, die Vereinbarkeit von § 17 GesundheitsG mit der Wirtschaftsfreiheit der in Zürich und Winterthur praktizierenden Ärzte zu prüfen. Ausgangspunkt der vorliegenden Verfahren bildet jedoch die Frage, ob die auf der Grundlage des verwaltungsgerichtlichen Präjudizes vom 26. Februar 1998 erteilten Bewilligungen widerrufen werden dürften. In jenem (durch das bundesgerichtliche Urteil vom 9. März 2005 überholten) Entscheid hat das Verwaltungsgericht § 17 GesundheitsG deswegen die Anwendung versagt, weil die Bewilligungsverweigerung gegen das Gebot der Rechtsgleichheit – in Sinne einer Gleichbehandlung der Ärzte in den Städten Zürich und Winterthur sowie jener in allen übrigen Gemeinden – verstosse. Hingegen hat das Verwaltungsgericht damals vorweg auf die die eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit verneinenden Entscheide des Bundesgerichts betreffend andere Kantone (BGE 111 Ia 184, 118 Ia 175, 119 Ia 433) hingewiesen (E. 5d) und daraus den Schluss gezogen, auch die zürcherische Regelung von § 17 GesundheitsG verletze die Handels- und Gewerbefreiheit nicht; am gegenteiligen früheren Entscheid vom 13. Juli 1973 (ZBl 74/1973, S. 504) könne nicht mehr festgehalten werden (E. 5e). Von dieser Ausgangslage her dürften die Argumente, mit denen die Beschwerdeführer die Vereinbarkeit von § 17 GesundheitsG mit der Wirtschaftsfreiheit in Frage stellen, wohl kaum dazu führen, einen Widerruf der Bewilligungen als verfassungswidrig zu würdigen.

Soweit die Beschwerdeführer die geltend gemachte Verletzung der Wirtschaftsfreiheit damit begründen, die Medikamentenabgabe sei ihnen sogar in Notfällen verwehrt (Beschwerdeschrift Ziffer 58), verkennen sie, dass die ärztliche Abgabe von Medikamenten in Notfällen trotz fehlender ausdrücklicher Normierung in gewissem Umfang zulässig ist (vgl. VGr, 23. Oktober 2003, VB.2002.00147, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Mit ihrer Rüge, für einen Bewilligungswiderruf fehle die gesetzliche Grundlage (Beschwerdeschrift Ziffer 61), gehen die Beschwerdeführer von der wie dargelegt unzutreffenden Annahme aus, das Verwaltungsgericht habe mit seinem Entscheid vom 26. Februar 1998 § 17 GesundheitsG aufgehoben und bei der gegenteiligen Würdigung des Bundesgerichts im Urteil vom 9. März 2005 handle es sich lediglich um ein obiter dictum (vorn E. 3.3.1). Soweit sie ein öffentliches Interesse an einem Widerruf bestreiten, geht es richtig besehen wiederum um die Frage, ob an der Regelung von § 17 GesundheitsG als solcher ein öffentliches Interesse bestehe. Dass es spezifisch für den Widerruf der Bewilligungen an einem öffentlichen Interesse fehle, darf füglich bezweifelt werden: Ein solches Interesse kann jedenfalls darin erblickt werden, dass mit dem Widerruf der Bewilligungen eine stossende Ungleichbehandlung unter den Ärzten in den Städten Zürich und Winterthur (nämlich zwischen jenen, die 1998 noch eine Bewilligung erhielten und jenen, die kein solches Gesuch gestellt haben oder deren Gesuch sistiert worden ist) beseitigt wird.

### **E. 3.3.3**

Eine weitere und abschliessende Auseinandersetzung mit den Beschwerdevorbringen, die zur Stützung des Beschwerdeeventualantrags gegen einen Widerruf der Bewilligungen vorgebracht werden, erübrigt sich hier, weil das vorliegende Beschwerdeverfahren wie dargelegt als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden kann.

### **E. 4**

Nach alledem sind die zu vereinigenden Beschwerdeverfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Die Gerichtskosten sind in Anwendung des Verursacherprinzips (vgl. § 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 2 VRG) der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen, da durch deren Vorgehen wie dargelegt eine unklare Situation eingetreten ist, was wesentlich zur Erhebung der Beschwerde beigetragen hat (Kölz/Bosshart Röhl § 13 N. 19 in Verbindung mit N. 21). Aus dem nämlichen Grund ist die Beschwerdegegnerin zur Zahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführer zu verpflichten (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N. 33). Demgemäss die Kammer : Die Beschwerden VB.2005.00229 und VB.2005.00230 werden zur gemeinsamen Behandlung vereinigt; und entscheidet:

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