Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.324/2003 /sza

Urteil vom 9. März 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Wurzburger, Müller, Bundesrichterin Yersin, Bundesrichter Karlen,
Gerichtsschreiber Moser.

Parteien
1. Apothekerverein des Kantons Solothurn,
2. A._____,
3. B._____,
4. C._____,
5. D._____,
Beschwerdeführer,
alle vertreten durch Fürsprecher Prof. Dr. Enrico Riva,

gegen

Kantonsrat des Kantons Solothurn, Rathaus, 4500 Solothurn 1.

Gegenstand
Gesetz über die Einführung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Kantonsratsbeschluss vom 10. September 2003.

Sachverhalt:

A.
Der Kantonsrat des Kantons Solothurn erliess am 10. September 2003 ein neues Gesetz über die Einführung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (im Folgenden: EG HMG/SO). Dieses sieht in Bezug auf die Medikamentenabgabe durch Medizinalpersonen (sog. Selbstdispensation) Folgendes vor:
§ 19. Private Apotheken / a) Begriff
1 Als private Apotheken gelten die Apotheken der selbstdispensierenden Ärzte und Ärztinnen, Zahnärzte und Zahnärztinnen, Tierärzte und Tierärztinnen. Dafür wird vom Departement eine separate Betriebsbewilligung ausgestellt.
2 Keine separate Betriebsbewilligung ist notwendig, wenn nur die unmittelbare Anwendung von Medikamenten am Patienten oder an der Patientin sowie die Abgabe in Notfällen praktiziert wird.
§ 20. b) Abgabebefugnis
Die vom Departement erteilte Berufsausübungsbewilligung für Ärzte und Ärztinnen, Zahnärzte und Zahnärztinnen sowie Tierärzte und Tierärztinnen berechtigt zur Führung einer privaten Apotheke.
§ 21. c) Wahlfreiheit
Die selbstdispensierenden Medizinalpersonen haben die Patienten und Patientinnen darauf hinzuweisen, dass die Medikamente von ihrer Privatapotheke, von einer öffentlichen Apotheke freier Wahl oder von einer Versandapotheke bezogen werden können.

B.

Mit Eingabe vom 22. Dezember 2003 erheben der Apothekerverein des Kantons Solothurn, A._____, B._____ und C._____ (diese drei als [Mit-]Inhaber und verantwortliche Leiter einer Apotheke im Kanton Solothurn) sowie D._____ (in seiner Eigenschaft als Kunde einer Apotheke im selbigen Kanton) beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, § 19 Abs. 1 sowie die §§ 20 und 21 EG HMG/SO seien aufzuheben.

C.
Das Departement des Innern des Kantons Solothurn (im Auftrag des Regierungsrates und dieser seinerseits beauftragt durch das Büro des Kantonsrates) beantragt in seiner Vernehmlassung vom 11. Februar 2004, auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht einzutreten bzw. sie abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.
Da die Entscheidungsgründe erst in der Vernehmlassung enthalten waren, erhielten die Beschwerdeführer Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Beschwerde (Art. 93 Abs. 2 OG). Mit Eingabe vom 12. März 2004 halten sie an dem von ihnen eingelegten Rechtsmittel sowie an den in ihrer Beschwerdeschrift gemachten tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen fest. Das Departement des Innern liess sich zur Beschwerdeergänzung am 22. April 2004 vernehmen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Nach Art. 84 Abs. 1 lit. a OG kann gegen kantonale Erlasse wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte staatsrechtliche Beschwerde geführt werden. Beim angefochtenen Gesetz handelt es sich um einen letztinstanzlichen kantonalen Hoheitsakt, gegen den als eidgenössisches Rechtsmittel einzig die staatsrechtliche Beschwerde zur Verfügung steht (Art. 84 Abs. 2 und Art. 86 Abs. 1 OG).

1.2 Die staatsrechtliche Beschwerde ist binnen 30 Tagen, von der nach dem kantonalen Recht massgebenden Eröffnung oder Mitteilung des Erlasses oder der Verfügung an gerechnet, einzureichen (Art. 89 Abs. 1 OG). Bei Erlassen, die dem fakultativen Referendum unterstehen, beginnt die Frist, wenn das Referendum nicht ergriffen wird, mit der amtlichen Bekanntmachung, dass der (bereits publizierte) Erlass infolge unbenutzten Ablaufs der Referendumsfrist zustande gekommen sei bzw. auf einen bestimmten Termin hin in Kraft trete (BGE 119 Ia 123 E. 1a S. 126 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 130 I 82 E. 1.2 S. 84 f. mit weiteren Hinweisen).
Der angefochtene Erlass wurde vom Kantonsrat am 10. September 2003 verabschiedet und zunächst im Amtsblatt des Kantons Solothurn vom 26. September 2003 unter Hinweis auf die Unterstellung unter das fakultative Referendum publiziert. Im Amtsblatt vom 9. Januar 2004 gab der Regierungsrat des Kantons Solothurn sodann das unbenutzte Ablaufen der Referendumsfrist und seinen Beschluss, das Gesetz per 1. Januar 2004 in Kraft zu setzen, bekannt. Die vorliegende Beschwerde vom 22. Dezember 2003 wurde mithin zu früh erhoben, was jedoch nicht schadet (BGE 125 II 440 E. 1b S. 442 mit Hinweis).

1.3 In ihrer Rechtsmitteleingabe vom 22. Dezember 2003 ersuchen die Beschwerdeführer in prozessualer Hinsicht, das Beschwerdeverfahren mit dem bereits hängigen in Sachen Apothekerverein des Kantons Schwyz (2P.287/2002) zu vereinigen. Da das Bundesgericht diesen letztgenannten Fall im Zeitpunkt des Einganges der vorliegenden Beschwerdeschrift bereits entschieden hatte (durch Urteil vom 22. Dezember 2003), ist dieser Verfahrensantrag gegenstandslos geworden.

2.
Zu prüfen ist die Legitimation der Beschwerdeführer zur staatsrechtlichen Beschwerde.

2.1 Zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen einen kantonalen Erlass auf dem Wege der abstrakten Normenkontrolle ist legitimiert (Art. 88 OG), wer durch die angefochtenen Bestimmungen unmittelbar oder zumindest virtuell, d.h. mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit früher oder später einmal, in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen ist (BGE 130 I 26 E. 1.2.1 S. 29 f., 82 E. 1.3 S. 85, je mit Hinweisen). Das Anrufen bloss tatsächlicher oder allgemeiner öffentlicher Interessen genügt zur Begründung der Legitimation nicht; auch zur Anfechtung von Erlassen ist ein drohender Eingriff in rechtlich geschützte eigene Interessen erforderlich (BGE 123 I 41 E. 5b S. 42 f.; 122 I 44 E. 2b S. 45 f. mit weiteren Hinweisen).

Im selben Rahmen kann auch ein als juristische Person konstituierter Verband die Interessen der Mehrheit oder einer Grosszahl seiner Mitglieder vertreten, soweit deren Wahrung zu seinen statutarischen Aufgaben gehört und die einzelnen Mitglieder ihrerseits beschwerdebefugt wären (sog. "egoistische Verbandsbeschwerde": BGE 130 I 26 E. 1.2.1 S. 30, 82 E. 1.3 S. 85, 290 E. 1.3 S. 292, je mit Hinweisen).

2.2 Die Beschwerdeführer rügen, die angefochtenen Bestimmungen, welche für die Medikamentenabgabe die Ärzte den Apothekern voraussetzungslos gleichstellten, nähmen die von Art. 37 Abs. 3 Satz 2 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) sowie Art. 26 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21) zwingend vorgeschriebene Differenzierung der Abgabeberechtigung zwischen Apothekern einerseits und Ärzten andererseits nicht vor und verletzten so den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. Es ergebe sich dadurch eine bundesrechtswidrige Begünstigung der Ärzte zulasten der Apotheker.

2.3 Die Geltendmachung einer Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) als verfassungsmässiges Individualrecht setzt voraus, dass der Beschwerdeführer durch die als bundesrechtswidrig beanstandete Vorschrift in seiner eigenen Rechtsstellung bzw. in rechtlich geschützten eigenen Interessen betroffen wird (BGE 126 I 81 E. 5a S. 91 mit Hinweisen). Diese Voraussetzung gilt auch im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (vgl. BGE 122 I 44 E. 3b/ee S. 48).
Die angefochtenen Bestimmungen des kantonalen Gesetzes über die Einführung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (§ 19 Abs. 1 sowie §§ 20 und 21 EG HMG/SO) betreffen die "privaten Apotheken" der Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte; sie beziehen sich - im Unterschied zu den §§ 16-18 EG HMG/SO - gerade nicht auf die Tätigkeit der Apotheker. Die Beschwerdeführer 1-4 sind insoweit durch die von ihnen beanstandeten Normen nicht in ihrer eigenen Rechtsstellung betroffen. Nichts anderes gilt beim Beschwerdeführer 5 als gelegentlichem Kunden einer Apotheke.

2.4 Die Beschwerdeführer erblicken in Art. 37 Abs. 3 KVG eine legitimationsbegründende bundesrechtliche Schutznorm zugunsten der Apotheker. Sodann erachten sie ihre Beschwerdelegitimation nach den Grundsätzen der sog. AVLOCA-Praxis des Bundesgerichts zur Anfechtung drittbegünstigender Erlasse als gegeben: Die von ihnen gerügte Privilegierung der selbstdispensierenden Ärzte führe, weil die angefochtenen kantonalen Bestimmungen gerade keinen Unterschied zwischen Ärzten und Apothekern machen würden, zwar nicht zu einer Rechtsungleichheit; sie sei jedoch deshalb verfassungswidrig, weil der Kanton Solothurn die vom Bundesgesetzgeber in Art. 37 Abs. 3 KVG sowie in Art. 26 Abs. 1 und Art. 30 HMG vorgeschriebene Beschränkung der Selbstdispensation missachte und unzulässigerweise die Ärzteschaft den Apothekern bezüglich Medikamentenabgabe gleichstelle. Beide Berufsgruppen befänden sich in diesem Bereich in einer vergleichbaren Lage. Der den Ärzten in den umstrittenen Normen gewährte unrechtmässige Vorteil wirke sich für die Apotheker als Nachteil aus. Zwischen der Drittprivilegierung und der eigenen Situation bestehe ein offensichtlicher Zusammenhang im Sinne der AVLOCA-Rechtsprechung.

2.5 Gemäss Art. 37 Abs. 3 KVG bestimmen die Kantone, unter welchen Voraussetzungen Ärzte mit einer kantonalen Bewilligung zur Führung einer Apotheke den zugelassenen Apothekern gleichgestellt sind; die Kantone berücksichtigen dabei insbesondere die Zugangsmöglichkeiten der Patienten zu einer Apotheke. Das Bundesgericht hat sich in einem Entscheid betreffend die vom kantonalen Apothekerverein und einzelnen Apothekern angefochtene Selbstdispensationsregelung des Kantons Schwyz (Urteil 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003) letztmals eingehender mit der Frage befasst, ob Art. 37 Abs. 3 KVG der Stellenwert einer legitimationsbegründenden Schutznorm für die Apotheker zukomme. Dabei ist es zum Schluss gekommen, dass diese in der parlamentarischen Beratung äusserst umstrittene, in ihrer geltenden Fassung aus der Einigungskonferenz der Räte hervorgegangene Bestimmung zu unbestimmt sei, um als Schutznorm im Sinne von Art. 88 OG angerufen werden zu können (E. 2.3 des zit. Urteils, unter Hinweis auf das Urteil 2P.195/1998 vom 15. Juni 1999, publ. in: ZBl 101/2000 S. 533 ff., E. 3d/bb). Es besteht kein Anlass, von dieser Einschätzung abzuweichen. Aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung ergibt sich, dass die Schaffung einer
Rechtsetzungskompetenz zur Regelung der Selbstdispensation auf Stufe Bundes(verordnungs)recht, wie sie in der Botschaft zum Krankenversicherungsgesetz noch vorgeschlagen wurde (vgl. BBl 1992 I 165), im Parlament nicht mehrheitsfähig war. Die kantonale Zuständigkeit wurde daher beibehalten, wobei der zweite Satz von Art.

37 Abs. 3 KVG einen Kompromissvorschlag darstellte, dessen konkrete Tragweite im Ergebnis jedoch unklar blieb. In ihrer grundsätzlichen Stossrichtung bezweckt die Norm, eine den lokalen Gegebenheiten angepasste, optimale und zugleich für das obligatorische Krankenversicherungssystem wirtschaftlich tragbare Versorgung der Patienten mit Medikamenten sicherzustellen. Dabei wird die Funktion der öffentlichen Apotheken als wesentlicher Absatzkanal für Arzneimittel im Sinne einer Richtungsweisung an die Kantone hervorgehoben, doch lassen sich den (kontroversen) Materialien nicht genügend Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass damit bundesrechtlich ein eigentlicher strukturpolitischer Schutz der Apotheken hätte herbeigeführt werden sollen. Wie das Bundesgericht im zitierten Entscheid betreffend die Selbstdispensationsregelung des Kantons Schwyz festhielt, wird die Einschätzung, wonach Art. 37 Abs. 3 KVG für sich allein noch
keine Schutznorm darstelle, insbesondere auch dadurch gestützt, dass das nach Erlass des Krankenversicherungsgesetzes ergangene eidgenössische Heilmittelgesetz, in welchem allfällige konkretere Vorgaben an den kantonalen Gesetzgeber für die Zulassung der Selbstdispensation primär festzulegen gewesen wären, die Regelung dieser Frage ohne Einschränkung den Kantonen überlässt (E. 2.3 des zit. Urteils). Eine legitimationsbegründende Berufung auf Art. 37 Abs. 3 KVG ist den Beschwerdeführern 1-4 folglich verwehrt. Erst recht muss dies für den Beschwerdeführer 5 als gelegentlichen Kunden einer Apotheke gelten, welcher durch die angefochtenen Bestimmungen lediglich reflexartig berührt wird. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführer allenfalls nach Massgabe der von ihnen angerufenen AVLOCA-Rechtsprechung zur Ergreifung der staatsrechtlichen Beschwerde gegen die streitigen kantonalen Bestimmungen legitimiert sind.

2.6 Nach der als AVLOCA-Praxis bekannten Rechtsprechung des Bundesgerichts steht die Legitimation zur Anfechtung eines Erlasses wegen rechtsungleicher Begünstigung Dritter auch Bürgern zu, welche nicht Adressaten der beanstandeten Bestimmungen sind, sofern sie sich in einer vergleichbaren Lage befinden und der Dritten gewährte Vorteil sich für sie als Nachteil auswirkt, das heisst sofern zwischen der beanstandeten Drittprivilegierung und ihrer eigenen Situation ein relevanter Zusammenhang besteht (grundlegend: BGE 109 Ia 252 E. 4; ferner: BGE 124 I 145 E. 1c S. 149, 159 E. 1c S. 162, je mit weiteren Hinweisen). Ist dies der Fall, so verzichtet die Praxis auf das Bestehen einer entsprechenden Schutznorm (Urteil 2P.195/1998 vom 15. Juni 1999, in: ZBl 101/2000 S. 533, nicht abgedruckte E. 2a/bb).
Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer sind die genannten Legitimationsvoraussetzungen in der vorliegenden Konstellation nicht gegeben. Zum einen gebricht es am grundlegenden Erfordernis einer Drittbegünstigung, gestattet doch die beanstandete kantonale Regelung den solothurnischen Ärzten nichts, was den Apothekern verwehrt wäre. Wohl trifft es zu, dass das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV, anhand welchem die AVLOCA-Praxis entwickelt wurde, auch dadurch verletzt werden kann, dass Unterscheidungen unterlassen werden, welche aufgrund der zu regelnden Verhältnisse geboten wären. Verfassungsrechtlich drängt sich jedoch eine Differenzierung in dem Sinne, dass den Ärzten die Selbstdispensation - abgesehen von der eigentlichen Notfallversorgung bzw. zur Anwendung am Patienten während der ärztlichen Behandlung - untersagt bliebe, nicht auf. Eine derartige Pflicht könnte sich einzig aus dem einfachen Gesetzesrecht ergeben, sei es aus entsprechend ausgestalteten Bestimmungen des Bundesrechts - was mit Blick auf Art. 37 Abs. 3 KVG und die angerufenen Bestimmungen des eidgenössischen Heilmittelgesetzes nach der Rechtsprechung (oben E. 2.5) gerade nicht der Fall ist -, sei es aus Normen des kantonalen Rechts, wie
sie etwa den Selbstdispensationsregelungen der Kantone Schaffhausen und Zürich zugrunde gelegt wurden (BGE 119 Ia 433 E. 2c S. 437 f. bzw. 131 I 205 E. 2.3). Im Unterschied dazu lassen sich aus den (potentiell anspruchsbegründenden) Rechtsnormen des Kantons Solothurn - den vorliegend angefochtenen Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Heilmittelgesetz - keine derartigen Garantien zugunsten der Apotheken ableiten, ermöglicht doch die fragliche Regelung die Selbstdispensation durch Medizinalpersonen gerade ohne entsprechend gelagerte Vorbehalte bzw. unabhängig von einschlägigen Faktoren wie beispielsweise der Dichte des Apothekennetzes oder der Erreichbarkeit der Apotheken mit öffentlichen Verkehrsmitteln. Die Rechtslage im Kanton Solothurn ist demzufolge vergleichbar mit jener im Kanton Schwyz, wo derartige Bezüge - abgesehen von der hier wie dort statuierten Pflicht der selbstdispensierenden Medizinalpersonen zum Hinweis auf die alternative Bezugsmöglichkeit der Medikamente in öffentlichen Apotheken - ebenso wenig gegeben waren (vgl. Urteil 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003, E. 2.3).
Abgesehen von einer fehlenden Drittbegünstigung besteht zum andern im Verhältnis zwischen Ärzten und Apothekern auch keine nach der AVLOCA-Rechtsprechung erforderliche vergleichbare Lage: Dass die selbstdispensierenden Ärzte durch den Medikamentenverkauf an ihre Patienten Leistungen erbringen, die zur Haupt-

tätigkeit der Apotheker gehören, und insofern eine teilweise Überschneidung der Tätigkeitsbereiche vorliegt, ändert nichts. Anders lägen die Dinge, wie das Bundesgericht in seinem Urteil 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003 (E. 2.3) festgehalten hat, wenn den Ärzten generell auch der sog. "Handverkauf" von Medikamenten, d.h. die Abgabe auch an Nichtpatienten, gestattet würde, womit sie durch die unbeschränkte Detailverkaufsmöglichkeit zu einer direkten Konkurrenz für die Publikumsapotheken würden. Mit gewissem Recht bemängeln die Beschwerdeführer die diesbezügliche Unklarheit in der Abfassung der von ihnen angefochtenen Bestimmungen. In seiner Vernehmlassung vom 11. Februar 2004 bringt der Kanton jedoch zum Ausdruck, dass das Verbot des Handverkaufs von Medikamenten, wiewohl nicht mehr ausdrücklich im Gesetzestext aufgenommen, weiterhin gelte und zudem erwogen werde, dies in der (noch zu erlassenden) Vollzugsverordnung ausdrücklich klarzustellen. Auf diese Erklärung zur künftigen Auslegung der angefochtenen Bestimmungen, welche nicht als mit deren Wortlaut unvereinbar erscheint, darf abgestellt werden (vgl. BGE 130 I 82 E. 2.1 in fine S. 86 mit Hinweisen). Ist somit der Handverkauf der Medikamente von der Selbstdispensation ausgenommen, liegt demnach auch keine vergleichbare Lage zwischen Ärzten und Apothekern vor, womit einer Berufung auf die AVLOCA-Rechtsprechung die Grundlage entzogen ist.

2.7 Nach dem Gesagten fehlt es den Beschwerdeführern an der nach Art. 88 OG erforderlichen Legitimation zur Anfechtung der beanstandeten Gesetzesbestimmungen. Auf ihre staatsrechtliche Beschwerde ist damit nicht einzutreten.

3.
Bei diesem Ausgang sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens den Beschwerdeführern aufzuerlegen, unter solidarischer Haftung (Art. 156 Abs. 1 und 7 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Auf die Zusprechung einer Parteientschädigung besteht kein Anspruch (Art. 159 Abs. 2 OG analog).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Auf die staatsrechtliche Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird den Beschwerdeführern auferlegt, unter solidarischer Haftung.

3.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern und dem Kantonsrat des Kantons Solothurn schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 9. März 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: