Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.287/2002 /dxc

Urteil vom 22. Dezember 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
Apothekerverein des Kantons Schwyz,
X._____,
Y._____,
Z._____,
Beschwerdeführer,
alle vier vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Martin Ziegler und Rechtsanwältin Dr. Helen Schmid,

gegen

Kantonsrat des Kantons Schwyz, Bahnhofstrasse 9, 6430 Schwyz,
Regierungsrat des Kantons Schwyz, Bahnhofstrasse 9, Postfach 1260, 6431 Schwyz.

Gegenstand
§ 33 der Gesundheitsverordnung des Kantons Schwyz,

Staatsrechtliche Beschwerde gegen die Verordnung über das Gesundheitswesen des Kantonsrates des Kantons Schwyz vom 16. Oktober 2002.

Sachverhalt:
A.
Der Kantonsrat des Kantons Schwyz erliess am 16. Oktober 2002 eine neue Verordnung über das Gesundheitswesen (im Folgenden: Gesundheitsverordnung bzw. nGesV/SZ). Diese sieht in Bezug auf die Abgabe von Arzneimitteln (u. a.) vor:

"§ 32 1. Grundsatz
Die Abgabe von Arzneimitteln ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen nur den Apothekerinnen und Apothekern gestattet.

§ 33 2. Ausnahmen für Medizinalpersonen
1 Ärztinnen und Ärzte sowie Zahnärztinnen und Zahnärzte mit einer Berufsausübungsbewilligung dürfen Arzneimittel zur unmittelbaren Anwendung am Patienten während der Konsultation, in Notfällen, bei Hausbesuchen und zur Sicherstellung der Erstversorgung abgeben.
2 Zudem ist ihnen die Führung einer Patientenapotheke unter eigener Verantwortung gestattet (Selbstdispensation), sofern sie sich am Notfalldienst beteiligen. Ausnahmen regelt das Reglement gemäss § 31 Abs. 2. Die Patientinnen und Patienten sind in geeigneter Form darauf hinzuweisen, dass sie frei sind, wo sie die ärztlich verordneten Arzneimittel beziehen wollen.
3 Der Handverkauf an Dritte ist verboten, ausgenommen in Notfällen, wenn eine angemessene Versorgung durch eine öffentliche Apotheke nicht sichergestellt ist."

B.
Mit Eingabe vom 2. Dezember 2002 erheben der Apothekerverein des Kantons Schwyz sowie die im Kanton Schwyz als selbständige Apotheker tätigen X._____, Y._____ und Z._____ beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, § 33 Abs. 2 der kantonalen Gesundheitsverordnung vom 16. Oktober 2002 sei aufzuheben; im Weiteren sei der Satzteil "zur Sicherstellung der Erstversorgung" von § 33 Abs. 1 aufzuheben, soweit er nicht bundesrechtskonform ausgelegt werden könne.
C.
Mit Verfügung vom 16. Januar 2003 wies der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung das von den Beschwerdeführern gestellte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab.
D.
Der Kantonsrat und der Regierungsrat des Kantons Schwyz beantragen in ihrer (gemeinsamen) Vernehmlassung vom 28. Januar 2003, auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht einzutreten bzw. sie abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.

Da die Entscheidungsgründe erst in der Vernehmlassung von Kantons- und Regierungsrat enthalten waren, erhielten die Beschwerdeführer Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Beschwerde (Art. 93 Abs. 2 OG). In ihrer Eingabe vom 28. Februar 2003 halten sie an ihren Rechtsbegehren fest. Ebenso bestätigen der Kantonsrat und der Regierungsrat des Kantons Schwyz in ihrer Vernehmlassung zur Beschwerdeergänzung vom 11. April 2003 die gestellten Anträge.

Mit Amtsbericht vom 23. Mai 2003 vertritt das Bundesamt für Sozialversicherung im Wesentlichen die Auffassung, die Beschwerdeführer seien mangels einer virtuellen Betroffenheit nicht beschwerdelegitimiert. Die Beschwerdeführer nehmen in ihrer Stellungnahme vom 1. Oktober 2003 den gegenteiligen Standpunkt ein.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Nach Art. 84 Abs. 1 lit. a OG kann gegen kantonale Erlasse wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte staatsrechtliche Beschwerde geführt werden. Bei der angefochtenen Verordnung 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).
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 125 I 71 E. 1b/aa S. 75, 173 E. 1b S. 174; 125 II 440 E. 1c S. 442, 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 125 I 71 E. 1b/aa S. 75 mit Hinweisen).
2.2 Die Beschwerdeführer rügen, § 33 nGesV/SZ stehe im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesrechts, insbesondere zu Art. 37 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) sowie zu Art. 24 Abs. 1 lit. b, Art. 26 Abs. 1 und Art. 30 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG [SR 812.21]), und verstosse somit gegen Art. 49 Abs. 1 BV (Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts).

Die Geltendmachung einer Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts als verfassungsmässiges Individualrecht setzt voraus, dass der Beschwerdeführer durch die als bundesrechtswidrig beanstandete Vorschrift in seiner eigenen Rechtsstellung bzw. in rechtlich geschützten eigenen Interessen be-

troffen wird (BGE 127 I 60 E. 4a S. 68 f.; 126 I 81 E. 5a S. 91 mit Hinweisen; Urteil 2P.195/1998 vom 15. Juni 1999, publ. in: ZBl 101/2000 S. 533, E. 3b); diese Voraussetzung gilt auch im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (vgl. BGE 122 I 44 E. 3b/ee S. 48).

2.3 Die beanstandete Norm (§ 33 nGesV/SZ) bezieht sich - im Unterschied zu § 32 nGesV/SZ, wonach die Abgabe der Arzneimittel grundsätzlich den Apothekern vorbehalten ist - nicht auf die Tätigkeit der Apotheker, sondern auf jene der Ärzte und Zahnärzte. Die Beschwerdeführer sind insoweit nicht in ihrer Rechtsstellung betroffen. Sie können sich, soweit sie in der beanstandeten Regelung eine unzulässige Begünstigung der Ärzte erblicken, auch nicht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen berufen, da zwischen den beiden Berufsgruppen gemäss Rechtsprechung keine direkte Konkurrenz besteht (vgl. BGE 119 Ia 433 E. 2b S. 437; Urteil 2P.195/1998 vom 15. Juni 1999, publ. in: ZBl 101/2000 S. 533 ff., E. 3b; vgl. sodann BGE 123 I 279 E. 3d S. 281 f. betreffend das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen als Legitimationsbasis). Dass die selbstdispensierenden Ärzte durch den Medikamentenverkauf an ihre Patienten Leistungen erbringen, die zur Haupttätigkeit der Apotheker gehören, und insofern eine teilweise Überschneidung der Tätigkeitsbereiche vorliegt, ändert nichts. Anders lägen die Dinge, wenn den schwyzerischen Ärzten generell auch der "Handverkauf" von Medikamenten - d.h. die Abgabe an Nichtpatienten - gestattet
wäre, womit solche Betriebe durch die unbeschränkte Detailverkaufsmöglichkeit zu einer direkten Konkurrenz für die Publikumsapotheken würden. Das ist nach der angefochtenen Regelung aber nicht der Fall; der "Handverkauf" ist gemäss § 33 Abs. 3 nGesV/SZ nur in Ausnahmefällen gestattet, d.h. in "Notfällen", wenn die angemessene Versorgung durch eine öffentliche Apotheke nicht sichergestellt ist. Die Beschwerdeführer machen denn auch nicht geltend, dass den Ärzten als direkte Konkurrenten etwas gestattet werde, was ihnen selbst verwehrt sei.

Als Schutznorm rufen die Beschwerdeführer hingegen gewisse bundesgesetzliche Bestimmungen des eidgenössischen Heilmittelgesetzes (HMG) sowie des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) an. Das Heilmittelgesetz verlangt für die Abgabe von Heilmitteln im Detailhandel - wozu sowohl die Publikumsapotheken als auch die Privatapotheken selbstdispensierender Ärzte zählen (vgl. Botschaft zum Heilmittelgesetz, in: BBl 1999 S. 3516, Ziff. 22.03.4, zu Art. 30) - eine kantonale Bewilligung (Art. 30 HMG) und verweist für die Medikamentenabgabe durch Ärzte bzw. durch andere Medizinalpersonen als Apotheker auf die Bestimmungen über die Selbstdispensation (Art. 24 Abs. 1 lit. b HMG). Diesbezügliche Regeln finden sich einerseits - als "bundesrechtliche Richtungsweisung" für den Bereich der kassenpflichtigen Medikamente - in Art. 37 Abs. 3 KVG und andererseits - zur Hauptsache - im kantonalen Recht (vgl. zum Ganzen die Botschaft zum Heilmittelgesetz, in: BBl 1999 S. 3511, Ziff. 22.03.4, zu Art. 24 Abs. 1; Botschaft zur "Arzneimittel-Initiative", in: BBl 2000 S. 2072, Ziff. 2.2.4; Paul Richli, Instrumente des Gesundheits- und Lebensschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte, in: AJP 2002 S. 351; Tomas Poledna/Brigitte Berger,
Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002, Rz. 326). Das Heilmittelgesetz enthält insoweit keine Schutznorm, auf die sich die Beschwerdeführer vorliegend gegenüber dem kantonalen Gesetzgeber berufen könnten.

Hingegen bestimmt das Krankenversicherungsgesetz in Art. 37 Abs. 3, dass es den Kantonen vorbehalten sei, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen zugelassene Ärzte bezüglich der Medikamentenabgabe den Apothekern gleichgestellt seien. Die Kantone haben dabei "insbesondere die Zugangsmöglichkeiten der Patienten [...]zu einer Apotheke" zu berücksichtigen. In dieser Einschränkung könnte allenfalls eine bundesrechtliche Schutznorm zugunsten der Apotheken liegen, an die sich der kantonale Gesetzgeber zu halten hätte. Dazu ist vorab zu bemerken, dass das Krankenversicherungsgesetz in Art. 35 ff. an sich lediglich die Zulassung als Leistungserbringer zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung regelt und nicht direkt die kantonale Polizeihoheit in diesem Bereich beschneidet (vgl. Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Rz. 236 ff.; AB 1994 S 90, Votum Morniroli), auch wenn in der praktischen Wirkung kaum ein Unterschied besteht.

Sodann will die betreffende Bestimmung (Art. 37 Abs. 3 KVG), welche in der parlamentarischen Beratung sehr umstritten war, nicht die öffentlichen Apotheken vor Konkurrenz schützen, sondern, wie aus den Gesetzesmaterialien hervorzugehen scheint, die Beibehaltung eines Netzes von öffentlichen Apotheken sichern (zwecks Sicherstellung der optimalen Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten) und darüber hinaus verhindern, dass dem Gesundheitswesen durch zu grosszügig zugelassene Selbstdispensation übermässige Kosten entstehen (vgl. Botschaft zum KVG, in: BBl 1992 I 165, zu Art. 31; AB 1993 N 1849, Votum Sandoz; AB 1993 S 1061, Votum Coutau; Eugster, a.a.O., Rz. 241, Fn. 546). Es besteht damit eine gewisse Parallele zur Situation in BGE 119 Ia 433 (Schaffhausen). Hier ging es um eine kantonale Vorschrift, welche die Selbstdispensation

durch Ärzte nur zuliess, wenn dies für die ärztliche Betreuung der Bevölkerung "notwendig" war. Durch diese Einschränkung sollte unbestrittenermassen erreicht werden, dass ein Netz öffentlicher Apotheken erhalten bleibt. Der Schutz der Apotheken vor Konkurrenz durch selbstdispensierende Ärzte war damit zwar nicht der eigentliche Zweck dieser Norm, sondern bloss das Mittel zur Erreichung des erwähnten
öffentlichen Zweckes (Erhaltung eines ausreichenden Apothekennetzes). Das Bundesgericht erachtete jedoch diese Reflexwirkung des kantonalen Gesetzes als ausreichend, um die Legitimation der (räumlich betroffenen) Apotheker zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen eine Selbstdispensationsbewilligung zu bejahen. In einem späteren Urteil vom 15. Juni 1999 (2P.195/1998, publ. in: ZBl 101/2000 S. 533 ff.) betreffend eine zürcherische Regelung, welche für den städtischen Kantonsteil die Selbstdispensation generell untersagte und für den ländlichen Kantonsteil generell zuliess, verneinte das Bundesgericht die Legitimation der Apotheker, da es an einer hinreichenden gesetzlichen Bezugnahme auf die Versorgungslage durch öffentliche Apotheken fehlte. Vorliegend findet sich zwar in Art. 37 Abs. 3 KVG eine solche Anknüpfung an die "Zugangsmöglichkeit [...]zu einer Apotheke", doch erachtete das Bundesgericht diese Bestimmung als zu vage und zu unbestimmt, um als Schutznorm im Sinne von Art. 88 OG angerufen werden zu können (zitiertes Urteil 2P.195/1998, publ. in: ZBl 101/2000 S. 533 ff., E. 3d/bb unter Hinweis auf die einschlägigen Stellen in den Materialien). Es besteht kein Grund, von dieser Einschätzung abzuweichen. 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, überlässt die Regelung dieser Frage, wie erwähnt, ohne Einschränkung den Kantonen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2P.52/2001 vom 24. Oktober 2001, publ. in: ZBl 103/2002 S. 322 ff., E. 2c).
2.4 Damit aber fehlt es den Beschwerdeführern an der nach Art. 88 OG erforderlichen Legitimation, um die beanstandete Gesetzesbestimmung anfechten zu können.
3.
Nach dem Gesagten ist auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht einzutreten.

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. 4'000.– wird den Beschwerdeführern auferlegt, unter solidarischer Haftung.
3.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, dem Kantonsrat und dem Regierungsrat des Kantons Schwyz sowie dem Bundesamt für Sozialversicherung schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 22. Dezember 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: