Urteilskopf

130 I 26

3. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. Verband Schweizerischer Assistenz- und Oberärzte, Sektion Zürich, und X. gegen Regierungsrat des Kantons Zürich (staatsrechtliche Beschwerde) 2P.305/2002 vom 27. November 2003

Regeste (de):
Art. 2 FZA; Art. 8 EMRK; Art. 8, 9, 27, 94 Abs. 4, 95 Abs. 2, 191 und 196 Ziff. 5 BV; Art. 55a KVG; Zulassungsbeschränkung für Leistungserbringer zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Zulassungsstopp für Medizinalpersonal); Einführungsverordnung des Kantons Zürich.

Legitimation des Verbandes Schweizerischer Assistenz- und Oberärzte bzw. eines einzelnen Schweizer Arztes zur Rüge der Verletzung des Freizügigkeitsabkommens (E. 1.2).

Die vom Bundesrat gestützt auf Art. 55a KVG erlassene und vom Regierungsrat des Kantons Zürich konkretisierte Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verletzt - soweit dies gestützt auf Art. 191 BV geprüft werden kann (E. 2) - weder das Freizügigkeitsabkommen (E. 3) noch die Wirtschaftsfreiheit (E. 4-6), die Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen (E. 7), das Prinzip von Treu und Glauben (E. 8) oder das Recht auf Schutz des Privat- und Familienlebens (E. 9).

Regeste (fr):
Art. 2 ALCP; art. 8 CEDH; art. 8, 9, 27, 94 al. 4, 95 al. 2, 191 et 196 ch. 5 Cst.; art. 55a LAMal; limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire (blocage du personnel médical); ordonnance d'exécution du canton de Zurich.

Qualité de l'association suisse des médecins assistants et des chefs de cliniques, respectivement d'un médecin suisse, pour se plaindre d'une violation de l'Accord sur la libre circulation des personnes (consid. 1.2).

Les réglementations édictées par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 55a LAMal et par le Conseil d'Etat du canton de Zurich en vue de limiter concrètement l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire - pour autant qu'elles puissent être examinées au regard de l'art. 191 Cst. (consid. 2) - ne violent ni l'Accord sur la libre circulation des personnes (consid. 3), ni la liberté économique (consid. 4-6) et ne sont pas davantage contraires à l'obligation de reconnaissance réciproque des diplômes (consid. 7), au principe de la bonne foi (consid. 8) ou au droit à la protection de la vie privée et familiale (consid. 9).

Regesto (it):
Art. 2 ALC; art. 8 CEDU; art. 8, 9, 27, 94 cpv. 4, 95 cpv. 2, 191 e 196 cifra 5 Cost.; art. 55a LAMal; limitazione del numero dei fornitori di prestazioni ammessi ad esercitare la propria attività a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie (blocco del personale medico); ordinanza che l'introduce nel Canton Zurigo.

Legittimazione dell'associazione svizzera dei medici assistenti e capiclinica, rispettivamente di un singolo medico svizzero, ad addurre la violazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone (consid. 1.2).

La limitazione del numero dei fornitori di prestazioni ammessi ad esercitare la propria attività a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie, emanata dal Consiglio federale in base all'art. 55a LAMal e attuata dal Consiglio di Stato zurighese, non viola - per quanto possa essere esaminata visto l'art. 191 Cost. - l'Accordo sulla libera circolazione delle persone (consid. 3), la libertà economica (consid. 4-6), il dovere di reciproca rico-

noscenza dei diplomi (consid. 7), il principio della buona fede (consid. 8) o il diritto alla protezione della vita privata e familiare (consid. 9).

Sachverhalt ab Seite 27

BGE 130 I 26 S. 27

Die Schweizerische Bundesversammlung beschloss am 24. März 2000 eine Änderung des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10). Dabei traf sie unter anderem folgende Regelung: "Art. 55a Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der Krankenversicherung 1 Der Bundesrat kann für eine befristete Zeit von bis zu drei Jahren die Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach den Artikeln 36-38 von einem Bedürfnis abhängig machen. Er legt die entsprechenden Kriterien fest. 2 Die Kantone sowie die Verbände der Leistungserbringer und der Versicherer sind vorher anzuhören. 3 Die Kantone bestimmen die Leistungserbringer nach Absatz 1." Die Gesetzesänderung trat nach unbenütztem Ablauf der Referendumsfrist am 1. Januar 2001 in Kraft (AS 2000 S. 2305). Am 3. Juli 2002 erliess der Bundesrat die Verordnung über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Zulassungsverordnung; SR 832.103) mit folgendem Inhalt:

BGE 130 I 26 S. 28

"Art. 1 Höchstzahl der Leistungserbringer
Die Zahl der Leistungserbringer, die zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig sind, wird in jedem Kanton für jede Kategorie von Leistungserbringern auf die in Anhang 1 festgelegte Höchstzahl beschränkt. Art. 2 Ausgestaltung der Regelung durch die Kantone
1 Die Kantone können vorsehen, dass:
a. die in Artikel 1 festgelegte Höchstzahl für eine oder mehrere Kategorien von Leistungserbringern nicht gilt; b. in einer oder mehreren Kategorien von Leistungserbringern keine neuen Zulassungen zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erteilt werden, solange die Versorgungsdichte nach Anhang 2 im betreffenden Kantonsgebiet höher als in der Grossregion, zu welcher der Kanton nach Anhang 2 gehört, oder höher als in der Schweiz ist. 2 Sie berücksichtigen die Versorgungsdichte in den Nachbarkantonen, in der Grossregion, zu welcher sie nach Anhang 2 gehören, und in der Schweiz. Art. 3 Ausnahmezulassungen
In jeder Kategorie von Leistungserbringern, die einer Beschränkung unterworfen ist, können die Kantone zusätzlich zu den in Anhang 1 festgelegten Höchstzahlen Leistungserbringer zulassen, wenn in der Kategorie eine Unterversorgung besteht. Art. 4 Meldepflicht
Die Kantone melden:
a. dem BSV die Regelungen, die sie nach Artikel 2 erlassen haben; b. der Branchenorganisation der Krankenversicherer santésuisse laufend alle Erteilungen und Ablehnungen von Zulassungen nach dieser Verordnung. Art. 5 Übergangsbestimmung
Leistungserbringer, welche vor der Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung in den Kantonen ein Gesuch um eine Berufsausübungsbewilligung nach kantonalem Recht gestellt haben, fallen nicht unter die Einschränkung gemäss dieser Verordnung. Art. 6 Inkrafttreten
Diese Verordnung tritt am 4. Juli 2002 in Kraft und gilt bis zum Inkrafttreten einer sie ersetzenden Regelung im Bereich der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, längstens aber bis zum 3. Juli 2005." In Anhang 1 zur Verordnung wird die maximale Anzahl

Leistungserbringer für die einzelnen Kategorien aufgelistet. Anhang 2 nennt

BGE 130 I 26 S. 29

die jeweiligen Versorgungsdichten je 100'000 Einwohner bezogen auf die Kantone sowie auf die Regionen Westschweiz, Mittelland, Nordwestschweiz, Zürich, Ostschweiz, Zentralschweiz und Tessin sowie die Schweiz insgesamt. Am 23. Oktober 2002 erliess der Regierungsrat des Kantons Zürich die kantonale Einführungsverordnung zum Zulassungsstopp. Nach deren § 1 gilt die bundesrätliche Verordnung für alle Ärztinnen und Ärzte unbesehen ihrer Spezialisierung oder Fachausrichtung, nicht aber für die übrigen Kategorien von Leistungserbringern. Gemäss § 2 werden während der Geltungsdauer der Verordnung im Kanton Zürich keine neuen Ärztinnen und Ärzte als Leistungserbringer zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen. Der Zulassungsstopp findet auch auf Personen Anwendung, welche bereits in einem anderen Kanton zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind (§ 3). Gewisse Ausnahmen sind für Ärztinnen und Ärzte in Chefarztspitälern und HMO-Praxen vorgesehen (§ 4); zudem sind unter bestimmten Voraussetzungen Praxisübernahmen möglich (§ 5). Die Verordnung trat rückwirkend auf den 4. Juli 2002 in Kraft. Am 27. Dezember 2002 haben die Sektion Zürich des Verbandes Schweizerischer Assistenz- und Oberärzte (VSAO) sowie Dr. med. X. hiergegen staatsrechtliche Beschwerde eingereicht. Sie machen geltend, die angefochtene Regelung verletze das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681); im Übrigen missachte sie die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und verstosse sie gegen den Vertrauensschutz und das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 und 9 BV). Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1.

1.2

1.2.1 Zur Beschwerde gegen einen Erlass ist legitimiert (Art. 88 OG), wer durch die angefochtenen Bestimmungen unmittelbar oder zumindest virtuell, das heisst mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit früher oder später einmal, in seinen rechtlich

BGE 130 I 26 S. 30

geschützten eigenen Interessen betroffen wird (BGE 125 I 369 E. 1a, BGE 125 I 474 E. 1d, je mit Hinweisen). Ein als juristische Person konstituierter Verband kann in diesem Rahmen die Verletzung von Freiheitsrechten seiner Mitglieder geltend machen, soweit er nach den Statuten die entsprechenden Interessen zu wahren hat und die Mehrheit oder zumindest eine Grosszahl der Mitglieder durch die angefochtene Regelung direkt oder

virtuell betroffen wird (sog. "egoistische Verbandsbeschwerde"; BGE 125 I 71 E. 1b/aa S. 75, BGE 125 I 369 E. 1a S. 372; BGE 123 I 221 E. I/2 S. 225; BGE 122 I 90 E. 2c S. 92).

1.2.2 Der Beschwerdeführer 1 ist ein Verein im Sinne der Art. 60 ff. ZGB und bezweckt nach Art. 1 Abs. 2 seiner Statuten die Wahrung der beruflichen Interessen seiner Mitglieder. Dabei handelt es sich vorab um Humanmediziner mit eidgenössischem Diplom, die an einem Zürcherischen Krankenhaus, einer Zürcherischen Heil- und Pflegeanstalt oder einem Zürcherischen medizinisch-theoretischen Institut tätig sind (Art. 3 Abs. 1 der Statuten), d.h. um Personen, die regelmässig beabsichtigen, einmal eine eigene Praxis zu eröffnen, und durch die angefochtene Verordnung deshalb in ihren rechtlich geschützten Interessen zumindest virtuell betroffen sind (vgl. Urteil 2P.369/1998 vom 21. März 2000, E. 1b, publ. in: ZBl 102/2001 S. 265 ff.). Der Beschwerdeführer 1 ist daher - wie der Beschwerdeführer 2, der über ein eidgenössisches Arztdiplom verfügt und zur Zeit (noch) als Assistenzarzt in einer psychiatrischen Klinik tätig ist - zur vorliegenden Eingabe legitimiert.

1.2.3 Der Kanton Zürich bestreitet die Befugnis der Beschwerdeführer, auch eine Verletzung des Freizügigkeitsabkommens geltend machen zu können; sie seien insofern nicht in rechtlich geschützten eigenen Interessen betroffen. Die Beschwerdeführer wenden ein, dieses Erfordernis gelte nur für die Verfassungsbeschwerde (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG), nicht aber für die Staatsvertragsbeschwerde (Art. 84 Abs. 1 lit. c OG); bei dieser genüge, dass ein Staatsvertrag - wie das Freizügigkeitsabkommen - "self executing" sei, um eine entsprechende Verletzung auch ohne unmittelbares eigenes Rechtsschutzinteresse geltend machen zu können. Dem ist nicht so: Mit der Staatsvertragsbeschwerde kann die Verletzung von staatsvertraglichen Bestimmungen gerügt werden, die "self-executing" sind (BGE 126 I 240 E. 2b S. 242; BGE 124 III 90 E. 3a S. 91; BGE 120 Ia 1 E. 5b S. 11). Diese müssen jedoch in einem Vertrag enthalten sein, der dem Beschwerdeführer überhaupt eine rechtlich geschützte

Stellung verschafft (BGE 103 Ia 206 E. 2a S. 208; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 277), da zur staatsrechtlichen Beschwerde generell nur die Träger des als verletzt gerügten Rechts legitimiert sein können (Art. 88 OG; BGE 126 I 81 E. 5a S. 91; BGE 125 I 161 E. 2a S. 162). Das Freizügigkeitsabkommen räumt EU-Bürgern in der Schweiz und Schweizer Bürgern in der EU Rechte ein, ohne grenzüberschreitenden Anknüpfungspunkt aber nicht auch Schweizer Bürgern in der Schweiz selber. Deren Rechtsstellung richtet sich grundsätzlich nach dem Landesrecht (vgl. BGE 129 II 249 E. 4.3 u. 5.1). Der Beschwerdeführer 2 ist als Schweizer Bürger deshalb nicht befugt, sich im vorliegenden Zusammenhang auf das Freizügigkeitsabkommen zu berufen. Ob eine Grosszahl der Mitglieder des Beschwerdeführers 1 hierzu legitimiert wäre und dieser deshalb die entsprechenden Rügen erheben kann (vgl. BGE 123 I 221 E. I/2a S. 225; BGE 119 Ia 197 E. 1c/bb S. 201; BGE 114 Ia 452 E. 1d/bb S. 456 f.), braucht nicht abschliessend geprüft zu werden, da sich die Kritik so oder anders als unbegründet erweist (vgl. E. 3).

2.

2.1 Das Bundesgericht wendet auf staatsrechtliche Beschwerde hin das Recht nicht von Amtes wegen an. Es überprüft den angefochtenen Erlass nicht unter allen denkbaren Titeln auf seine Verfassungsmässigkeit, sondern beschränkt sich auf eine Auseinandersetzung mit den von den Beschwerdeführern genügend klar erhobenen und hinreichend begründeten Rügen (vgl. Art. 90 Abs. 1 lit. b OG; BGE 125 I 71 E. 1c S. 76; BGE 118 Ia 64 E. 1b S. 67; BGE 113 Ia 126 E. 5 S. 131). In diesem Rahmen prüft es frei, ob die angerufenen verfassungsmässigen Rechte verletzt sind (BGE 125 I 369 E. 2 S. 374 mit Hinweisen). Dabei berücksichtigt es, ob der angefochtenen Norm nach den anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigemessen werden kann, der sich mit den angerufenen verfassungsmässigen oder staatsvertraglichen Rechten vereinbaren lässt. Es hebt eine

kantonale Norm nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt. Dabei trägt es auch der Wahrscheinlichkeit künftiger verfassungstreuer Anwendung Rechnung (BGE 128 I 327 E. 3.1 S. 334; BGE 125 I 369 E. 2 S. 374). Der blosse Umstand, dass die angefochtene Norm in einzelnen Fällen auf eine verfassungswidrige Weise angewendet werden könnte oder bereits angewendet wurde, führt noch

BGE 130 I 26 S. 32

nicht zu deren Aufhebung (BGE 128 I 240 E. 2.7 S. 247; BGE 125 I 65 E. 3b S. 67 f.); einzelne allenfalls verfassungswidrige Rechtsanwendungsakte können im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle zudem nicht überprüft werden.

2.2 Die angefochtene kantonale Vollzugsregelung führt eine bundesrätliche Verordnung aus, die sich ihrerseits auf Art. 55a KVG und damit auf ein Bundesgesetz stützt. Dessen Vorgaben sind gemäss Art. 191 BV für das Bundesgericht verbindlich, selbst wenn sie verfassungswidrig sein sollten. Dies wirkt sich auf die Überprüfungsbefugnis in Bezug auf die nachgelagerten Verordnungen insofern aus, als auch sie als massgeblich zu gelten haben, soweit darin lediglich eine Verfassungsverletzung übernommen wird, die sich bereits aus dem Bundesgesetz selber ergibt (AUER/MALINVERNI/ HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Bd. I, Bern 2000, S. 663, Rz. 1864; YVO HANGARTNER, St. Galler Kommentar zur BV, Zürich/ Basel/Genf/Lachen 2002, Rz. 20 zu Art. 191 BV; vgl. BGE 126 I 1 E. 2f S. 5):

2.2.1 Bei unselbständigen Bundesratsverordnungen prüft das Bundesgericht, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz ihn nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, bzw. seine Regelung nicht lediglich eine bereits im Gesetzesrecht angelegte Verfassungswidrigkeit übernimmt, beurteilt es auch deren Verfassungsmässigkeit. Wird dem Bundesrat ein sehr weiter Ermessensspielraum eingeräumt, ist dieser für das Bundesgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken, ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Dabei kann es namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sich zu deren wirtschaftlichen oder politischen Sachgerechtigkeit zu äussern (BGE 128 II 34 E. 3b S. 40 f.; BGE 127 II 184 E. 5a S. 190, BGE 127 II 238 E. 8a S. 259, je mit Hinweisen).

BGE 130 I 26 S. 33

2.2.2 Als Ausfluss von Art. 191 BV kann das Bundesgericht einen kantonalen Hoheitsakt nicht aufheben, soweit dessen Inhalt durch ein Bundesgesetz vorgegeben bzw. abgedeckt ist, namentlich dann nicht, wenn der Bundesgesetzgeber eine Materie an die Kantone delegiert und ihnen vorgegeben hat, wie sie diese zu regeln haben (BGE 119 Ia 241 E. 5b S. 246). Die gleiche Einschränkung gilt, wenn sich die Delegation an die Kantone auf eine bundesrätliche Verordnung stützt, die ihrerseits nur im soeben dargelegten eingeschränkten Rahmen überprüft werden kann (vgl. BGE 119 Ia 241 E. 5c S. 246). Der Zusammenhang zwischen der kantonalen und der bundesgesetzlichen Regelung muss dabei zwingend oder zumindest sehr eng sein (BGE 126 I 1 E. 2f S. 5).

Soweit die Kantone frei sind, eigene Regelungen zu schaffen, unterliegt das kantonale Recht uneingeschränkt der Verfassungsgerichtsbarkeit, selbst wenn es gleich lautet wie parallele Regelungen im Bundesrecht (BGE 116 V 198 E. II/3c S. 217; BGE 109 Ib 81 E. 4a S. 86). Wo kein enger bzw. zwingender Sachzusammenhang zwischen einer allenfalls als verfassungswidrig erkannten kantonalen Bestimmung und einer für das Bundesgericht massgebenden bundesrechtlichen Regelung besteht, rechtfertigt es sich nicht, bei der Sanktionierung einer kantonalen Verfassungswidrigkeit Zurückhaltung zu üben (BGE 126 I 1 E. 2f S. 5; BGE 116 V 198 E. II/3c S. 217). Massgebend ist, ob die wirksame Durchführung der im Bundesgesetz enthaltenen Regelungsidee zwingend nach der entsprechenden kantonalen Lösung ruft. Hinsichtlich der einzelnen beanstandeten Punkte wird deshalb jeweils der Frage nachzugehen sein, ob bzw. wie weit der Inhalt der angefochtenen Verordnung durch Sinn und Geist von Art. 55a KVG bzw. die durch diesen abgedeckte Umsetzung in der Zulassungsverordnung bundesgesetzlich vorgegeben und deshalb im Sinne von Art. 191 BV ebenfalls massgebend ist; im entsprechenden Umfang kann sie durch das Bundesgericht nicht aufgehoben werden.

3. Die Beschwerdeführer machen in verschiedener Hinsicht geltend, die angefochtene Verordnung verletze das Freizügigkeitsabkommen und insbesondere das dort vorgesehene Diskriminierungsverbot. Unabhängig davon, ob das Bundesgericht auch diesbezüglich an die Vorgaben von Art. 55a KVG und deren Konkretisierung in der bundesrätlichen Zulassungsverordnung gebunden wäre, erweisen sich die Einwände als unbegründet:

3.1 Die Bundesversammlung hat mit dem Erlass von Art. 55a KVG zwar beabsichtigt, die mit dem Inkrafttreten der bilateralen

Verträge mit der EU erwartete starke Zunahme der Ärztezahl durch Angehörige von EU-Staaten zu begrenzen (vgl. E. 5.2.2.1); hierin allein liegt jedoch noch keine unzulässige Diskriminierung. Auch in anderen Bereichen hat die Schweiz Massnahmen getroffen, um unerwünschten Auswirkungen der bilateralen Abkommen zu begegnen (namentlich das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen [SR 823.20]; Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 zur Verlagerung von alpenquerendem Güterschwerverkehr auf die Schiene [SR 740.1]); zudem mildern auch neue EU-Mitgliedstaaten regelmässig über verschiedene Massnahmen negative Konsequenzen ihres EU-Beitritts ab. Solche Vorkehren gelten nicht schon wegen dieser Zielsetzung als diskriminierend. Es ist insbesondere grundsätzlich zulässig, Massnahmen zu treffen, um das finanzielle Gleichgewicht der Sozialversicherung sicherzustellen (vgl. dazu die Entscheide des EFTA-Gerichtshofes vom 14. Juni 2001, E-4-6/00, Rz. 32). Entscheidend ist, wie diese ausgestaltet werden und ob sie im Resultat diskriminierend wirken.

3.2

3.2.1 Nach Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet der anderen aufhalten, bei der Anwendung des Abkommens nach den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Gemäss Art. 4 FZA ist das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit unter Vorbehalt von Art. 10 (Übergangsbestimmungen) nach Massgabe des Anhangs I gewährt. Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA sieht vor, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht anders behandelt werden darf als die inländischen Arbeitnehmer. Angehörige einer Vertragspartei können sich zwecks Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei niederlassen (Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA). Dem selbständig Erwerbenden ist im Aufnahmestaat dabei hinsichtlich des Zugangs zur Erwerbstätigkeit und deren Ausübung

eine Behandlung zu gewähren, die nicht weniger günstig ist als die den eigenen Staatsangehörigen zugestandene (Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA). Art. 9 Anhang I FZA gilt nach Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA sinngemäss auch für die selbständig Erwerbstätigen.

BGE 130 I 26 S. 35

3.2.2 Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewährleistet das Recht der Staatsangehörigen der Schweiz und der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, in der Anwendung des Abkommens nicht schlechter gestellt zu werden als die Angehörigen des Staates, der das Abkommen handhabt (YVO HANGARTNER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003 S. 257 ff., dort S. 260). Art. 2 FZA entspricht insofern weitgehend Art. 12 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV; in der Fassung von Amsterdam; entsprechend Art. 6 in der Fassung von Maastricht bzw. Art. 7 in der ursprünglichen Fassung), wonach in dessen Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Dieses allgemeine Diskriminierungsverbot wird in Bezug auf Arbeitnehmer und selbständig Erwerbende in den Art. 39 Abs. 2 und Art. 43 EGV (entsprechend früher Art. 48 Abs. 2 und Art. 52) konkretisiert (vgl. ASTRID EPINEY, in: Calliess/ Ruffert [Hrsg.], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied/Kriftel 1999, Rz. 7 ff. zu Art. 12 EG-Vertrag, S. 404 f.). Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ist für die Anwendung des Abkommens, soweit Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (also vor dem 21. Juni 1999) massgebend. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der sachliche Geltungsbereich von Art. 2 FZA weniger weit geht als derjenige von Art. 12 EGV. Während dieser für den gesamten - sehr weiten - Anwendungsbereich des Vertrags gilt, bezieht sich Art. 2 FZA einzig auf die vom Freizügigkeitsabkommen umfassten Gegenstände. Unterschiedliche Behandlungen, die sich aufgrund anderer Rechtsbereiche ergeben, fallen nicht darunter (HANGARTNER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, a.a.O., S. 262).

3.2.3 Das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 12 EGV verbietet sowohl die offene oder direkte (formelle) Diskriminierung, d.h. jede Unterscheidung, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellt, als auch die versteckte oder indirekte (materielle) Diskriminierung (ISABELLE PINGEL-LENUZZA, in: Philippe Léger, Commentaire article par article des traités UE et CE, Bruxelles 2000, Rz. 4 zu Art. 12 EGV; EPINEY, a.a.O., Rz. 13 zu Art. 12 EGV; MICHAEL HOLOUBEK, in: Jürgen Schwarze [Hrsg.], EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Rz. 39 ff. zu Art. 12 EGV; CARL OTTO LENZ,

BGE 130 I 26 S. 36

Kommentar zum EG-Vertrag, 2. Aufl., Köln 1999, Rz. 5 f. zu Art. 12 EGV, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Eine solche liegt vor, wenn eine benachteiligende Regelung an ein anderes Kriterium als die Staatsangehörigkeit anknüpft, aber in ihren Auswirkungen zum gleichen Ergebnis führt, ohne dass dies durch objektive Umstände gerechtfertigt wäre (LENZ, a.a.O., Rz. 6 und 7 zu Art. 12 EGV; HOLOUBEK, a.a.O., Rz. 41, 52 f. zu Art. 12 EGV; HANGARTNER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, a.a.O., S. 265; Urteile des EuGH vom 23. Januar 1997 in der Rechtssache C-29/95, Eckehard Pastoors und Trans-Cap GmbH, Slg. 1997, I-285, Randnrn. 16-19, und vom 24. November 1998 in der Rechtssache C-274/96, Bickel und Franz , Slg. 1998, I-7637, Randnr. 27). Dabei müssen in der grossen Mehrzahl der von der Norm geregelten Fälle Angehörige anderer Staaten betroffen sein (HOLOUBEK, a.a.O., Rz. 41 zu Art. 12 EGV).

3.3 Weder Art. 55a KVG noch die bundesrätliche Zulassungsverordnung oder die hier angefochtene zürche-

rische Verordnung enthalten eine direkte Diskriminierung . Sie gelten ungeachtet der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen. Entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführer besteht aber auch keine indirekte Diskriminierung :

3.3.1 Bedürfnisbezogene Zulassungsbeschränkungen für medizinische Leistungserbringer, die zu Lasten der sozialen Krankenversicherung abrechnen, gibt es auch in EU-Ländern, namentlich in Deutschland und Österreich (Bericht der Arbeitsgruppe "Runder Tisch/Bedürfnisklausel", Bundesamt für Sozialversicherung, S. 15 ff.). Sie sind nicht als solche unzulässig. Nach § 2 der angefochtenen Verordnung werden keine neuen Ärztinnen und Ärzte als Leistungserbringer zugelassen. Das Verbot gilt dabei unter Vorbehalt der Ausnahmen von §§ 4 und 5 für schweizerische wie ausländische Personen. Die Anwendungsfälle betreffen in ihrer grossen Mehrzahl nicht Angehörige aus EU-Staaten, sondern in erster Linie Schweizer Bürger, die eine Arztpraxis eröffnen wollen.

3.3.2 Hieran ändert nichts, dass die Verordnung nicht auch diejenigen Ärztinnen und Ärzte erfasst, die bei Inkrafttreten der Verordnung bereits zugelassen waren. Nach der bis zum 31. Mai 2002 geltenden Fassung des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1877 betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Freizügigkeitsgesetz; SR 811.11)

konnten Medizinalpersonen mit eidgenössischem Diplom ihren Beruf im Gebiet der ganzen Schweiz frei ausüben. Die Kantone waren von Bundesrechts wegen berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, weitere Personen zur selbständigen medizinischen Berufstätigkeit zuzulassen (BGE 125 I 267 E. 2d S. 270), was sie nicht oder nur zurückhaltend taten. Da nach Art. 16 der Allgemeinen Medizinalprüfungsverordnung vom 19. November 1980 (AMV; SR 811.112.1) Ausländer nur ausnahmsweise zur eidgenössischen Medizinalprüfung zugelassen waren, konnten im Ergebnis ausländische Staatsangehörige in der Regel hier nicht selbständig tätig werden, weshalb die heute in der Schweiz frei praktizierenden Ärzte fast ausnahmslos Schweizer Bürger sind. Indem die angefochtene Verordnung bisher bereits praktizierende Leistungserbringer nicht erfasst, knüpft sie damit zwar an ein Merkmal an, welches faktisch EU-Angehörige anders trifft als Schweizer Bürger, doch beruht dies auf der Rechtslage, wie sie vor dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens bestand. Zu dieser Zeit konnten sich die EU-Angehörigen noch nicht auf das Abkommen berufen. Auswirkungen, die nichts anderes als die logische Folge einer früheren, vor dem Inkrafttreten des Abkommens geltenden Rechtslage sind, verletzen dieses indessen nicht.

3.3.3 Auch die weitere konkrete Ausgestaltung der Übergangsregelung bzw. die Modalitäten der Inkraftsetzung der Zulassungsverordnung wirken nicht diskriminierend:

3.3.3.1 Das Freizügigkeitsabkommen ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Seit diesem Zeitpunkt können sich EU-Angehörige auf das darin enthaltene Diskriminierungsverbot (Art. 2) berufen. In Ausführung des entsprechenden Grundsatzes ist auf den gleichen Zeitpunkt die Änderung des Freizügigkeitsgesetzes in Kraft gesetzt worden; danach haben ausländische Diplome, die aufgrund eines Vertrags über die gegenseitige Anerkennung mit dem betreffenden Staat als gleichwertig gelten, nunmehr die gleiche Wirkung wie ein eidgenössisches Diplom (Art. 2b und 10 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz, in der Fassung vom 8. Oktober 1999; Art. 39 KVV [SR 832.102]; vgl. Art. 9 und Anhang III Abschnitt A lit. C FZA). Hiermit sind auf den 1. Juni 2002 hin die landesrechtlichen Voraussetzungen geschaffen worden, dass sich auch EU-Angehörige in der Schweiz als selbständige Ärzte niederlassen können (vgl. ERIKA SCHMIDT, Die Medizinalberufe und das Abkommen über die Freizügigkeit der Personen, in: Felder/Kaddous, Bilaterale

Abkommen Schweiz-EU, Basel/Genf/München 2001, S. 405 ff.; dieselbe , Revision des Bundesgesetzes betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals, in: Thürer/Weber/Zäch, Bilaterale Verträge Schweiz-EG, Zürich 2002, S. 223 ff.).

3.3.3.2 Die bundesrätliche Zulassungsverordnung wurde am 3. Juli 2002 erlassen und auf den 4. Juli 2002 in Kraft gesetzt. Sie legt in Art. 5 fest, dass Leistungserbringer, welche vor der Einschränkung der Zulassung in den Kantonen ein Gesuch um eine Berufsausübungsbewilligung nach kantonalem Recht gestellt haben, nicht unter den Zulassungsstopp fallen. Die Beschwerdeführer machen geltend, in der kurzen Zeit zwischen dem Inkrafttreten des FZA am 1. Juni 2002 und dem Inkrafttreten der Zulassungsverordnung am 4. Juli 2002 hätten EU-Angehörige faktisch keine Chance gehabt, ein entsprechendes Gesuch zu stellen. Die meisten EU-Ärzte im Ausland hätten wohl gar nicht rechtzeitig von der entsprechenden Möglichkeit erfahren. Zudem hätten sie vorerst die Anerkennung ihres Diploms erwirken sowie die Beherrschung einer Landessprache nachweisen müssen (Art. 10 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz), was innerhalb eines Monats faktisch unmöglich gewesen sei. Hierin liege gegenüber den Gesuchstellern aus der Schweiz eine unzulässige indirekte Diskriminierung.

3.3.3.3 Wer beabsichtigt, eine Arztpraxis zu eröffnen, muss sich im Voraus über die entsprechenden Modalitäten und Voraussetzungen orientieren. Auch EU-Ärzte, welche in der Schweiz eine Praxis eröffnen wollten, hatten sich dementsprechend zu erkundigen. Es erscheint realitätsfremd, bei den heutigen Informationsmitteln anzunehmen, dass dies vom Ausland her nicht sachgerecht möglich gewesen wäre. Die Kenntnisnahme vom bevorstehenden Inkrafttreten der Zulassungsverordnung war den ernsthaft interessierten EU-Ärzten genauso zuzumuten wie den schweizerischen. Auch diese mussten in der verbleibenden (kurzen) Zeit das Gesuch um Berufszulassung vorbereiten und einreichen, womit sie allfälligen Interessierten aus der EU insoweit gleichgestellt waren. Aus der Antwort des Regierungsrats vom 25. September 2002 auf die Anfrage 1494 von Kantonsrat Denzler (KR-Nr. 220/2002) geht hervor, dass in diesem Zeitraum von etwa einem Monat im Kanton Zürich rund 700 Gesuche von Ärzten um Zulassung eingegangen sind, während normalerweise pro Jahr rund 170 bis 180 Gesuche bewilligt werden. Auch eine grosse Anzahl von Schweizer Ärzten

sah sich demnach mit der Notwendigkeit konfrontiert, kurzfristig einer ausserordentlichen Situation Rechnung zu tragen.

3.3.3.4 Zwar mussten die EU-Ärzte überdies noch um die Anerkennung ihres Diploms nachsuchen, wobei hierüber allenfalls nicht innert eines Monats entschieden werden konnte. Indessen stellt Art. 5 der Zulassungsverordnung nur darauf ab, ob und wann das Zulassungsgesuch eingereicht worden ist. Es spricht nichts dagegen, dass Ärzte aus der EU dieses mit dem Hinweis auf das noch hängige Anerkennungsgesuch einreichen und damit ebenfalls in den Genuss der Übergangsregelung kommen konnten; zumindest ist eine entsprechende völkerrechtskonforme Auslegung der umstrittenen Regelung im Einzelfall nicht ausgeschlossen. Aus der erwähnten Antwort auf die Anfrage Denzler geht hervor, dass von den etwa 700 im Juni eingereichten Gesuchen rund 10% von EU-Angehörigen stammten, die bisher bereits in unselbständiger Stellung in der Schweiz tätig waren, was belegt, dass Gesuche offenbar auch tatsächlich auf diese Weise gestellt wurden.

3.3.3.5 Selbst wenn das Anerkennungsgesuch und damit das Gesuch um Erteilung der Berufsausübungsbewil-

ligung an der fehlenden Beherrschung einer Landessprache scheitern sollte, liegt hierin keine vertragswidrige Ungleichbehandlung: Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es nicht diskriminierend, Kenntnisse der Landessprache vorauszusetzen, wenn solche für die Wahrnehmung der betreffenden Aufgabe unabdingbar sind (Urteile des EuGH vom 6. Juni 2000 in der Rechtssache C-281/98, Angonese , Slg. 2000, I-4139, Randnrn. 43-46, und vom 28. November 1989 in der Rechtssache C-379/87, Groener , Slg. 1989, 3967, Randnr. 21). Dies ist für den Arztberuf mit seinen Kontakten zu Patienten und Versicherungen ohne weiteres der Fall. Etwaige hieraus resultierende Benachteiligungen von Ausländern aus der EU sind hinzunehmen und nicht diskriminierend im Sinn von Art. 2 FZA (SCHNEIDER/WUNDERLICH, in: Schwarze, a.a.O., Rz. 64 zu Art. 39 EGV).

3.3.3.6 Soweit die Beschwerdeführer beanstanden, im Kanton Zürich seien rund 20 Gesuche von Ärzten aus dem EU-Raum wegen des übergangsrechtlich vorgesehenen Inländervorrangs sistiert worden, was im dritten Jahr zu deren direkten Diskriminierung führe, da der Inländervorrang nur für zwei Jahre gelte, ist auf ihren Einwand nicht weiter einzugehen: Diese Kritik richtet sich nicht gegen die angefochtene Verordnung, sondern gegen Einzelakte,

die im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nicht Verfahrensgegenstand bilden (E. 2.1).

3.4 Schliesslich rügen die Beschwerdeführer auch zu Unrecht eine Verletzung von Art. 13 FZA, wonach sich die Parteien verpflichten, in den unter das Abkommen fallenden Bereichen keine neuen Behinderungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei einzuführen. Wie aus dem klaren Wortlaut hervorgeht, beschränkt sich dieser Stillstand ausschliesslich auf den Bereich des Abkommens und schliesst Rechtsentwicklungen auf anderen Gebieten nicht aus. Die entsprechende Pflicht geht zudem nicht weiter als das Verbot der indirekten Diskriminierung (vgl. zum analogen Art. 53 EGV in der ursprünglichen Fassung PETER TROBERG, in: von der Groeben/ Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl., Baden-Baden 1991, Rz. 3 zu Art. 53). Die angefochtene Verordnung betrifft nicht spezifisch die Niederlassung von Angehörigen aus der EU, sondern regelt unterschiedslos für diese wie für Schweizer Bürger die kassenrechtliche Zulassung als Leistungserbringer. Sie könnte höchstens unter die Stillstandsklausel fallen, wenn eine indirekte Diskriminierung vorläge, was jedoch - wie dargelegt - nicht der Fall ist.

4. Die Beschwerdeführer rügen, die angefochtene Verordnung verletze die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und verzerre in verfassungswidriger Weise den Wettbewerb (Art. 94 BV).

4.1 Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet insbesondere den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (Art. 27 Abs. 2 BV). Auch Medizinalpersonen, insbesondere Ärzte, können sich darauf berufen (BGE 128 I 92 E. 2a S. 94 f.; BGE 125 I 267 E. 2b S. 269, BGE 125 I 276 E. 3a S. 277, 322 E. 3a S. 326; BGE 118 Ia 175 E. 1 S. 176 f.; BGE 117 Ia 90 E. 3b S. 93 f.). Sie verschafft - unter Vorbehalt des bedingten Anspruchs auf gesteigerten Gemeingebrauch (BGE 128 II 292 E. 5 S. 297; BGE 127 I 84 E. 4b S. 88, mit Hinweisen) - jedoch grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Leistungen (BGE 125 I 161 E. 3e S. 165 f., BGE 125 I 182 E. 5b S. 199; BGE 124 I 107 E. 3c S. 113; vgl. auch BGE 125 I 173 E. 3c S. 176). Sodann steht die Ausübung einer staatlichen Tätigkeit oder eines öffentlichen Amtes nicht unter ihrem Schutz (BGE 128 I 280 E. 3; BGE 124 I 297 E. 3a S. 298; BGE 121 I 326 E. 2a S. 328 f.; BGE 103 Ia 394 E. 2c S. 401). Dies gilt auch für die ärztliche Tätigkeit, soweit sie im Rahmen einer öffentlichrechtlichen Anstalt in einem entsprechenden Dienstverhältnis erfolgt (Urteil 2P.158/1997 vom 11. August 1998, E. 4, publ. in:

Pra 88/1999 Nr. 3 S. 11 ff.); die Wirtschaftsfreiheit gibt keinen Anspruch darauf, an staatlich subventionierten Spitälern eine private Erwerbstätigkeit ausüben zu können (BGE 121 I 230 E. 3h S. 240).

4.2 Die angefochtene Regelung verbietet niemandem, eine Praxis zu eröffnen. Sie hat allerdings zur Folge, dass die Betroffenen nicht als Leistungserbringer im Sinne der Art. 35 ff. KVG zugelassen werden. Sie dürfen zwar uneingeschränkt ärztliche Leistungen erbringen, doch werden diese nicht von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat 1996 entschieden, dass die Nichtzulassung zur Kassenpraxis grundsätzlich keinen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit bilde, da nach Art. 34 bis der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) der Bund im Bereich der sozialen Krankenversicherung über ein mittelbar rechtliches Monopol verfüge, das als solches bereits eine Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit umfasse. Lediglich wenn und soweit sich die Einschränkungen aus einer (unselbständigen) Verordnung ergäben, könne dieses verfassungsmässige Recht eine eigenständige Wirkung entfalten; sei die entsprechende Regelung indessen gesetzmässig, bleibe die Nichtzulassung einzig unter dem Blickwinkel der Rechtsgleichheit zu beurteilen (BGE 122 V 85 E. 5b/bb/aaa S. 95 ff.; kritisch dazu: TOMAS POLEDNA/BRIGITTE BERGER, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002, S. 258 Fn. 890).

4.3 Nach Art. 117 Abs. 2 BV kann der Bund die Krankenversicherung obligatorisch erklären. Der Bundesgesetzgeber hat hiervon in Art. 3 KVG Gebrauch gemacht. Dieses Versicherungsobligatorium steht an sich im Widerspruch zur Privatautonomie, welche der Wirtschaftsfreiheit zugrunde liegt, ist in der Verfassung jedoch ausdrücklich so vorgesehen. Die Versicherer sind verpflichtet, in ihrem örtlichen Tätigkeitsbereich jede versicherungspflichtige Person aufzunehmen (Art. 4 Abs. 2 KVG). Unter bestimmten Voraussetzungen sind zudem alle Leistungserbringer zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung berechtigt (Art. 35 ff. KVG). Die Vertragsfreiheit, welche ein zentrales Element der Wirtschaftsfreiheit bildet, wird damit weitgehend durch öffentlichrechtliche Regelungen relativiert, weshalb sich die Krankenversicherer diesbezüglich denn auch nicht wie Private auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können (vgl. BGE 112 Ia 356 E. 5c S. 365). Die Zulassung oder Nichtzulassung als Leistungserbringer

zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung ergeht somit in einem Bereich, der seinerseits auf Verfassungs- und Gesetzesstufe relativ weitgehend der Wirtschaftsfreiheit entzogen ist.

4.4 Durch die Nichtzulassung als Leistungserbringer wird faktisch allerdings auch die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Arztes berührt. In einer solchen Beschränkung oder Erschwerung der Berufsausübung kann ausnahmsweise ein Grundrechtseingriff liegen, wenn die entsprechenden Auswirkungen die Betroffenen im Ergebnis in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit gleich beeinträchtigen wie die Einschränkung einer rechtlichen Befugnis (vgl. BGE 125 I 182 E. 5b S. 198; BGE 126 V 334 E. 2d S. 340; Urteil 2P.109/1994 vom 14. Oktober 1994, E. 3c, publ. in: ZBl 96/1995 S. 508 ff.; in Bezug auf die Eigentumsgarantie: BGE 126 I 213 E. 1b/bb S. 216; in Bezug auf die Vereinsfreiheit: BGE 124 I 107 E. 4; vgl. auch BEATRICE WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, in: Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 131 ff., dort S. 150 f.). Aus diesem Grund geniesst die Inanspruchnahme des öffentlichen Bodens zu privaten Erwerbszwecken den Schutz der Wirtschaftsfreiheit, wären doch sonst bestimmte private Wirtschaftstätigkeiten praktisch nicht möglich (Taxibetriebe, Zirkusunternehmen, Schaustellerbetriebe, Werbeunternehmen; vgl. BGE 121 I 129 E. 3b, BGE 121 I 279 E. 2a S. 282; BGE 128 I 136 E. 3 und 4; BGE 126 I 133 E. 4d S. 139 ff.). Ähnlich verhält es sich bei der hier umstrittenen Zulassung zur Kassenpraxis: Ein grosser Teil der ärztlichen Leistungen wird

über die obligatorische Krankenpflegeversicherung abgerechnet. Durch den Zulassungsstopp wird den betroffenen Ärzten zwar nicht rechtlich, aber doch faktisch die Führung einer eigenen Praxis wesentlich erschwert (BGE 111 V 357 E. 3 S. 361). Sofern sie dennoch eine solche eröffnen, erleiden sie durch die Nichtzulassung einen erheblichen Wettbewerbsnachteil, weshalb sie sich gegenüber den bereits zugelassenen Ärzten auf die Rechtsgleichheit berufen können (so auch BGE 122 V 85 E. 5b/bb/bbb S. 97). Da der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen in der Wirtschaftsfreiheit verankert ist (BGE 121 I 129 E. 3d und seitherige Praxis), sind die Beschwerdeführer befugt, auch insofern eine Verletzung dieses verfassungsmässigen Rechts zu rügen.

4.5 Der Zulassungsstopp fällt damit zwar in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit, doch ist bei der Beurteilung den Besonderheiten Rechnung zu tragen, die sich daraus ergeben, dass die

betreffende privatwirtschaftliche Tätigkeit faktisch über ein System erfolgt, das seinerseits der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen ist. Dieser kommt im Wesentlichen die Bedeutung zu, sicherzustellen, dass eine allfällige Zugangsregelung nur nach sachlich haltbaren, den Grundsätzen des Wettbewerbs unter Konkurrenten sachgerecht Rechnung tragenden Kriterien erfolgt (vgl. hinsichtlich der Benutzung des öffentlichen Grundes: BGE 128 I 136 E. 4.1 S. 145 f.; BGE 121 I 279 E. 4a S. 285). Gewährt die Wirtschaftsfreiheit keinen Anspruch auf staatliche Förderung von Betrieben (BGE 124 I 107 E. 3c S. 113), kann sie auch den privat praktizierenden Ärzten kein Recht verschaffen, in beliebiger Höhe Leistungen zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zu erbringen. Sodann kann die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 36 BV eingeschränkt werden, wenn hierfür eine genügende gesetzliche Grundlage besteht (hierzu E. 5), die Einschränkung im öffentlichen Interesse liegt, die entsprechende Massnahme verhältnismässig erscheint und zudem rechtsgleich erfolgt (hierzu E. 6 u. 7). Unzulässig sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, oder sonst wie den Wettbewerb verzerren (Art. 94 Abs. 4 BV; BGE 128 I 3 E. 3a S. 9 f.; BGE 125 I 276 E. 3a S. 277, BGE 125 I 322 E. 3a S. 326, 335 E. 2a S. 337).

5.

5.1 Nach Art. 164 Abs. 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Normen und insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (lit. b) in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen. Diese dem formellen Gesetzgeber vorbehaltenen Befugnisse dürfen nicht delegiert werden (Art. 164 Abs. 2 BV). Hieraus sowie aus Art. 36 Abs. 1 BV folgt, dass eine schwerwiegende Einschränkung eines Grundrechts, wovon bei der Nichtzulassung zur Kassenpraxis für die Dauer von drei Jahren grundsätzlich auszugehen ist (vgl. BGE 125 I 322 E. 3b S. 326), in einer (delegierten) Bundesratsverordnung nur vorgesehen werden kann, wenn deren grundlegende Elemente bereits in einem formellen Gesetz enthalten sind (vgl. BGE 120 Ib 97 E. 4b/aa S. 104; KARIN SUTTER-SOMM, St. Galler Kommentar zur BV, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 164 BV; MICHAEL BEUSCH, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung, in: Gächter/Bertschi [Hrsg.], Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 227 ff., dort S. 242 ff.; HANGARTNER/KLEY, Die demokratischen

Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 398, Rz. 970; GEORG MÜLLER, Rechtssetzung und Staatsverträge, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 1101 ff., dort S. 1112, Rz. 36; THOMAS SÄGESSER, Die Bundesbehörden, Bern 2000, S. 289, 291 [Rz. 456], 297 f.; WEBER-DÜRLER, a.a.O., S. 136 f.). Aufgrund von Art. 191 BV ist eine bundesgesetzliche Regelung für das Bundesgericht zwar auch dann massgebend, wenn sie in verfassungswidriger Weise dem Bundesrat einen sehr weiten Ermessensspielraum einräumt (vgl. ARIANE AYER, La clause du besoin pour les médecins et les cabinets médicaux, Neuchâtel 2000, S. 16), indessen muss sich aus der Auslegung des Gesetzes doch ergeben, dass dieser tatsächlich zur entsprechenden Regelung ermächtigt werden sollte (vgl. BGE 120 Ib 97 E. 4b/bb-dd).

5.2

5.2.1 Schon aus dem Wortlaut von Art. 55a KVG geht der Grundsatz klar hervor, dass die Zulassung von Leistungserbringern von einem Bedürfnis abhängig gemacht werden kann. Der Nationalrat hat am 18. Juni 2003 im Rahmen der erneuten Teilrevision des KVG einen Antrag abgelehnt, Art. 55a KVG aufzuheben, und damit die Zulassungsbeschränkung bekräftigt (AB 2003 N 1110). Nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut, aber doch aus dem klaren Willen des Gesetzgebers ergibt sich, dass diese Einschränkung nur Neuzulassungen betreffen soll, nicht aber Leistungserbringer, die bereits praktizieren (AB 2000 N 68 [Leuthard, Baumann], 70 [Cavalli]). Auch der Bundesrat und die Verwaltung sind immer davon ausgegangen, dass die Massnahme nur die Neuzulassungen erfasst (Bericht der Arbeitsgruppe "Runder Tisch/Bedürfnisklausel", Bundesamt für Sozialversicherung, S. 7; BSV, Umsetzung von Artikel 55a KVG, S. 1 ad Art. 2; vgl. auch Art. 5 der bundesrätlichen Zulassungsverordnung). Damit sind der Zulassungsstopp sowie die Grundsätze der Regelung und die Delegation ihrer weiteren Ausgestaltung an den Bundesrat - insbesondere bezüglich der Kriterien, nach denen das Bedürfnis bestimmt werden soll - für das Bundesgericht verbindlich (Art. 191 BV) in einem formellen Gesetz verankert (vgl. BGE 125 I 173 E. 4b).

5.2.2 Die Regelungsidee, an die sich der Bundesrat bei der Wahrnehmung des ihm eingeräumten Ermessens zu halten hatte, ergibt sich im Übrigen aus der ausführlichen parlamentarischen Diskussion zu Art. 55a KVG:

5.2.2.1 Im bundesrätlichen Entwurf vom 21. September 1998 für eine Teilrevision des KVG war die Bestimmung noch nicht enthalten (BBl 1999 S. 793 ff., 858 ff.). Der Bundesrat thematisierte in der Botschaft zwar die Kostensteigerung im Bereich der Krankenpflege, verzichtete aber grundsätzlich - abgesehen von der Globalbudgetierung - auf weitergehende einschneidende Massnahmen (BBl 1999 S. 799 f., 825 ff.; Art. 51a und 54 des Entwurfs, BBl 1999 S. 860). Der Ständerat als Erstrat strich den vorgeschlagenen Art. 51a (AB 1999 S 166 ff.). Im Nationalrat wurde hingegen die Eindämmung der Kostensteigerung eingehend thematisiert, insbesondere auch unter dem Eindruck, dass die Zahl der zugelassenen Leistungserbringer infolge der bilateralen Verträge mit der EU sowie wegen der starken Zunahme der Zahl neuausgebildeter Mediziner erheblich ansteigen könnte (AB 1999 N 738, 741, 755 ff. [Cavalli, Gross, Raggenbass]). Um der erwarteten Mengenausweitung entgegenzuwirken, nahm der Rat mit grossem Mehr einen Art. 46 Abs. 2 bis an, der den Bundesrat ermächtigte, Qualitätskriterien als Voraussetzung für den Beitritt zu einem Tarifvertrag festzulegen (AB 1999 N 755 ff.). In der Differenzbereinigung schlug die vorberatende Kommission des Ständerates vor, diese Bestimmung zu streichen, da sie zu allgemein gehalten sei, um das angestrebte Ziel erreichen zu können; stattdessen unterstützte die Kommissionsmehrheit einen Text, der etwa dem heutigen Art. 55a KVG entsprach und auf einen Vorschlag der Verwaltung zurückging. Das Plenum stimmte der Streichung von Art. 46 Abs. 2 bis in der Folge zu, lehnte aber den vorgeschlagenen Art. 55a ebenso ab wie einen Antrag, in Art. 35 KVG die Vertragsfrei-

heit einzuführen (AB 1999 S 794-800). Gegen Art. 55a wurden einerseits grundsätzliche Bedenken geäussert (AB 1999 S 796 [Beerli]und 799 [Rochat]); andererseits wurde argumentiert, die Frage, wie einer allfälligen Überschwemmung des Gesundheitsmarktes durch ausländische Leistungserbringer zu begegnen sei, müsse in einer separaten Gesetzesrevision gründlicher geprüft werden (AB 1999 S 797 f. [Schiesser]). Der Nationalrat folgte dem Ständerat bei der Streichung von Art. 46 Abs. 2 bis , fügte dafür aber den von der Ständeratskommission bereits vorgeschlagenen Art. 55a in einer etwas modifizierten Form wieder ein (AB 2000 N 63-71). Die obsiegenden Befürworter dieses Antrags gestanden dabei zu, dass die Regelung problematisch erscheine; bis eine bessere Lösung vorliege, sei sie jedoch provisorisch hinzunehmen, um der aufgrund der Freizügigkeit zu erwartenden Zunahme der Leistungsanbieter

entgegentreten zu können (AB 2000 N 62 [Heberlein und Cavalli], 67 ff. [Leuthard, Fasel, Widrig, Heberlein, Cavalli, BR Dreifuss]). Der Ständerat übernahm diese Fassung, wobei er jedoch die Möglichkeit der Zulassungsbegrenzung auf den ambulanten Bereich beschränkte und zudem das Kriterium des Bedürfnisses einfügte (AB 2000 S 102-105). Dieser geänderten Version stimmte schliesslich auch der Nationalrat zu (AB 2000 N 351).

5.2.2.2 Die Bundesversammlung wollte somit in Art. 55a KVG die Grundlage schaffen, um auf Verordnungsstufe die zu erwartende Zunahme von Leistungserbringern im ambulanten Bereich nach dem Bedürfnis begrenzen zu können. Sie war sich im Klaren darüber, dass es dabei um ein nicht unproblematisches Vorgehen ging, nahm aber mangels kurzfristig verfüg- und realisierbarer Alternativen den Zulassungsstopp als vorübergehende Lösung dennoch für maximal drei Jahre in Kauf (AB 2000 N 62, 67 f.; AB 2000 S 102, 104 f.). Dieser gesetzgeberische Wille ist für das Bundesgericht verbindlich , woran der Umstand nichts ändert, dass nach dem Wortlaut der Bestimmung der Bundesrat nicht verpflichtet, sondern lediglich ermächtigt wird, die Zulassungsbeschränkung einzuführen. Diese kann, wenn sie beschlossen wird, vom Bundesgericht nicht vollumfänglich überprüft werden. Wohl wurde in der Bundesversammlung mehrmals betont, dass es sich bei Art. 55a KVG um eine "Notbremse" handle, von der nur Gebrauch gemacht werden solle, wenn dies wirklich nötig sei (AB 2000 N 68 [Gutzwiller, Baumann], 70 f. [BR Dreifuss]). Der Gesetzgeber hat die Kompetenz zur Einführung der Zulassungsbegrenzung jedoch bewusst und trotz entgegenstehender rechtlicher Vorbehalte (namentlich AB 2000 S 102 f. [Schiesser]) an den Bundesrat delegiert (s. z.B. AB 2000 S 104 f. [Brunner, BR Dreifuss]) und den entsprechenden Grundsatzentscheid (Möglichkeit der Zulassungsbeschränkung nach dem Bedürfnis) damit verbindlich getroffen. Dem mit Art. 55a KVG verfolgten Sinn und Zweck entspricht es, dass die Zulassungsbeschränkung nicht erst eingeführt wird, wenn der unerwünschte Effekt (Zunahme der Leistungserbringer und damit einhergehende Kostensteigerung) schon eingetreten ist, sondern nach Möglichkeit schon dann, wenn er mit hinreichender Wahrscheinlichkeit absehbar erscheint. Aus einem Faktenblatt des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) vom 3. Juli 2002 geht hervor, dass ca. 3000 Ärzte aus der EU in der Schweiz arbeiten und bis zu jenem Zeitpunkt schon etwa 300 Gesuche um Anerkennung

von Diplomen eingereicht worden waren. Aufgrund dieser Zahlen war eine erhebliche Zunahme von Neuzulassungsgesuchen zur Kassentätigkeit zu befürchten. Diese Annahme wird durch die Erfahrungen im Fürstentum Liechtenstein bestätigt, wo nach dem Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum die Zahl der Leistungserbringer stark zugenommen hat, indem von 1996 bis 2001 die Anzahl der konzessionierten Ärzte um rund 70%

anstieg (BSV-Faktenblatt/Medienkonferenz vom 3. Juli 2002, S. 1). Unter diesen Umständen hat der Bundesrat den Zulassungsstopp zulässigerweise eingeführt und die bundesrätliche Zulassungsverordnung findet in Art. 55a KVG diesbezüglich eine hinreichende, für das Bundesgericht verbindliche gesetzliche Grundlage.

5.3 Die Beschwerdeführer machen geltend, die bundesrätliche Verordnung belasse ihrerseits den Kantonen einen grossen Ermessensspielraum und stelle ihnen letztlich den Entscheid frei, ob sie den Zulassungsstopp überhaupt einführen wollten. Da der Zulassungsstopp damit auf kantonaler Ebene durch das Bundesrecht nicht zwingend vorgegeben sei, bedürfe er zumindest auf dieser Stufe einer den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV genügenden formellgesetzlichen Grundlage. Der Einwand überzeugt nicht:

5.3.1 Nach Art. 1 der bundesrätlichen Zulassungsverordnung wird die Zahl der Leistungserbringer, die zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig sind, in jedem Kanton für jede Kategorie auf die in Anhang 1 festgelegten Höchstzahlen beschränkt. Diese Regelung ist ihrem Wortlaut nach klar und hinreichend bestimmt, um unmittelbar angewendet werden zu können. Da die Höchstzahlen so festgesetzt wurden, dass sie ungefähr dem aktuellen Stand entsprechen, sind grundsätzlich überhaupt keine Neuzulassungen mehr möglich. Nach Art. 2 der Zulassungsverordnung können die Kantone in Abweichung vom Anhang 1 (grosszügiger) vorsehen, dass die in Art. 1 festgelegte Höchstzahl für eine oder mehrere Kategorien von Leistungserbringern nicht gilt (Abs. 1 lit. a), oder aber strenger als der Anhang 1, dass in einer oder mehreren Kategorien von Leistungserbringern keine neuen Zulassungen erfolgen, solange die Versorgungsdichte nach Anhang 2 im betreffenden Kantonsgebiet höher als in der Grossregion, zu welcher der Kanton nach Anhang 2 gehört, oder höher als in der Schweiz liegt (Abs. 1 lit. b). Überdies sind die Kantone befugt, zusätzliche Leistungserbringer zuzulassen, soweit eine Unterversorgung besteht (Abs. 3).

5.3.2 Wenn die Zulassungsverordnung und die Erläuterungen des Bundesamts hierzu hinsichtlich des den Kantonen zustehenden Spielraums auch nicht völlig klar erscheinen, ergibt sich aus Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte von Art. 55a KVG doch, dass der Bundesrat damit eine unmittelbar anwendbare bundesrechtliche Zulassungsregelung aufgestellt hat, die im Einzelfall von den Kantonen vollzogen wird und durch entsprechende Ausführungsverordnungen nur noch konkretisiert werden kann:

5.3.2.1 Art. 55a Abs. 1 KVG weist die Zuständigkeit zur Einführung des Zulassungsstopps unzweideutig dem Bundesrat und nicht den Kantonen zu; deren in Absatz 2 vorgesehene Anhörung erschiene überflüssig, wären diese frei, zu entscheiden, wie ihnen beliebt. Die ständerätliche Kommission, auf deren Vorschlag Art. 55a KVG ursprünglich zurückgeht, beabsichtigte, den Zulassungsstopp dort zur Anwendung zu bringen, wo es Probleme gebe, d.h. in den jeweils betroffenen Kantonen (AB 1999 S 798 f. [BR Dreifuss, Cottier]). Die nationalrätliche Kommission, welche den Antrag wieder aufnahm, wollte den Kantonen mit Absatz 3 ihrerseits jedoch offenbar bloss noch die Vollzugskompetenzen übertragen (Protokoll der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit, 3. Februar 2000, S. 26 f.). Im Plenum des Nationalrats wurde ausgeführt, dass in der Schweiz generell ein Überangebot an Ärzten bestehe und weiter anzuwachsen drohe (AB 2000 N 67 f.); die Massnahmen müssten "in enger Abstimmung mit den Kantonen" erfolgen (AB 2000 N 68 [Gutzwiller]). Zwar könne man die Einschränkung regional differenziert anwenden, aber nach einheitlichen Kriterien (AB 2000 N 68 [Baumann]; AB 2000 S 105 [BR Dreifuss]). Es wurde dabei zwar auch betont, die Kantone hätten über die Zulassung zu entscheiden, da kantonal unterschiedliche Bedürfnisse bestünden (AB 2000 N 69 [Heberlein]). Die Kompetenz zur Einführung des Zulassungsstopps sollte jedoch beim Bundesrat liegen (AB 2000 N 70 f. [Cavalli, BR Dreifuss]). In der Differenzbereinigung im Ständerat führte BR Dreifuss aus, es sei beabsichtigt, dass der Bundesrat Kriterien vorgebe und die Kantone die Einzelfälle beurteilten (AB 2000 S 105). Auch im Nationalrat legten die Kommissionsberichterstatter abschliessend dar, dass der Bundesrat die Zulassungsbe-

grenzung einführen könne, während die Kantone die Ausführungsdetails zu regeln befugt seien (AB 2000 N 351 [Heberlein, Cavalli])

BGE 130 I 26 S. 49

.

5.3.2.2 Dafür, dass es sich beim Zulassungsstopp um eine bundesrechtliche Regelung handelt, spricht schliesslich auch die Tatsache, dass nach einhelliger Meinung aller Beteiligten kantonale (Nicht-)Zulassungsentscheide gemäss Art. 128 OG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidgenössischen Versicherungsgericht sollen angefochten werden können (BSV, Umsetzung von Artikel 55a KVG, Kommentar zur Verordnung, S. 6; Bericht der Arbeitsgruppe "Runder Tisch/Bedürfnisklausel", BSV, S. 8; YVO HANGARTNER, Gutachten vom 31. Juli 2002 zuhanden der Vereinigung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte [FMH]über Rechtmässigkeit und rechtliche Folgen von Art. 55a des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung und der Verordnung des Bundesrates über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, S. 62). Dies ist nur möglich, falls es sich dabei um eine unmittelbar anwendbare bundesrechtliche Regelung handelt und deren kantonale Umsetzung bloss unselbständiges (Ausführungs-)Recht dazu bildet. Der Zulassungsstopp bedarf daher keiner zusätzlichen formellgesetzlichen Grundlage auf kantonaler Ebene.

6.

6.1 Die Beschwerdeführer rügen, die angefochtene Regelung beruhe auf keinem genügenden öffentlichen Interesse und verletze deshalb Art. 36 Abs. 2 BV. Sie verstosse auch gegen Art. 27 sowie Art. 94 Abs. 4 BV, indem sie einseitig und verzerrend allein die jungen Ärzte belaste und damit zu einer Ungleichbehandlung der Gewerbegenossen führe. Sie verfolge ein strukturpolitisches Ziel und wirke wettbewerbsverzerrend, indem sie die bereits praktizierenden Ärzte gegen die junge Ärztegeneration und gegen die Konkurrenz aus dem EU-Raum abschirme. Die Regelung sei schematisch und undifferenziert und damit unverhältnismässig , da sie für die bisherigen Leistungserbringer einen totalen Bestandesschutz, für die neuen hingegen einen völligen Ausschluss vorsehe. Strukturpolitischer Charakter komme ihr auch insofern zu, als damit die jungen Ärzte in den Spitälern zurückgehalten werden sollen. Unzulässig sei die Bedürfnisklausel in der zürcherischen Ausgestaltung, da sie auch nicht ausnahmsweise Zulassungen aufgrund individueller Bedürfnisabklärungen oder regionaler Unterversorgungen zulasse, sondern Praxiseröffnungen pauschal verunmögliche. Die in der bundesrätlichen Verordnung verwendeten Ärztezahlen beruhten im Übrigen auf ungesicherten oder falschen Grundlagen.

BGE 130 I 26 S. 50

Der Regierungsrat habe einfach auf diese Zahlen abgestellt, statt das tatsächliche Bedürfnis der Bevölkerung seinerseits abzuklären.

6.2 Die sich aus Art. 55a KVG ergebenden Vorgaben hinsichtlich des Zulassungsstopps sind im Rahmen von Art. 191 BV - losgelöst davon, ob sie verfassungskonform sind oder nicht - für das Bundesgericht verbindlich. Es hat die entsprechenden gesetzgeberischen Wertungen zu respektieren und kann Art. 55a KVG nicht

wegen einer allfälligen Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV) die Anwendung versagen (vgl. E. 2.2). Im Übrigen entbehrt die Regelung, auch wenn ihre Wirksamkeit umstritten erscheinen mag, nicht zum Vornherein jeglicher verfassungsrechtlicher Basis: Die Zulassungsbeschränkung bezweckt, die Steigerung der Gesundheitskosten (und damit der Krankenkassenprämien) zu bremsen. Diese erweist sich notorisch für zahlreiche Haushalte als gravierendes finanzielles Problem. Das Bestreben, sie in Grenzen zu halten, ist ein zulässiges, sozialpolitisch motiviertes Anliegen. Zwar sind Bedürfnisklauseln regelmässig mit der Wirtschaftsfreiheit unvereinbar, weshalb sie einer besonderen Grundlage in der Verfassung bedürfen (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV; ETIENNE GRISEL, Liberté du commerce et de l'industrie, Bd. II, Bern 1995, S. 23 [Rz. 456], 155 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 650; KLAUS A. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 3. Aufl., Bern 1995, S. 64 [Rz. 17]). Diese kann jedoch auch implizit in einer bestimmten Verfassungsnorm enthalten sein (KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zur BV, a.a.O., Rz. 44 f. zu Art. 27 BV; J.P. MÜLLER, a.a.O., S. 660), was hier in Art. 117 BV der Fall ist (THOMAS MATTIG, Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Zürich 2002, S. 217; a.M. DAVID HOFMANN, La clause du besoin pour les médecins et la Constitution fédérale, in: AJP 2003 S. 789 ff., dort S. 795). Die Bedürfnisklausel betrifft nicht direkt die Berufsausübung, sondern die Zulassung zum System der Sozialversicherung, das als solches der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen ist (vgl. E. 4) und in dessen Rahmen ein gewichtiges sozialpolitisch motiviertes Interesse an einer staatlichen Politik der Kostenbegrenzung besteht (Urteil 2A.89/2001 vom 24. Oktober 2001, E. 6d, publ. in: ZBl 103/2002 S. 322 ff.). Dabei ist die Zahl der Leistungserbringer zwar nicht der einzige bestimmende Faktor, doch kann ein gewisser Zusammenhang zwischen der Versorgungsdichte mit Leistungserbringern und den Kosten des

Gesundheitswesens - wovon der Gesetzgeber für das Bundesgericht verbindlich ausgegangen ist - nicht von der Hand gewiesen werden (vgl. BGE 111 V 357 E. 5c S. 367; PIERRE GILLIAND, Kosten und Finanzierung des Gesundheitswesens, in: Kocher/Oggier [Hrsg.], Gesundheitswesen Schweiz 2001/2002, Basel 2001, S. 90 ff., 94 f.).

6.3 Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, die bundesrätliche bzw. die gestützt darauf ergangene kantonale Verordnung setzten die Zulassungsbegrenzung auf eine vom Gesetz nicht abgedeckte, verfassungswidrige Weise um , ist wiederum zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber dem Bundesrat in Art. 55a KVG diesbezüglich einen weiten Ermessensspielraum eingeräumt hat, den das Bundesgericht respektieren muss (Art. 191 BV; E. 2.2).

6.3.1

6.3.1.1 Nach Art. 55a Abs. 1 KVG soll die Zulassung vom Bedürfnis abhängig gemacht werden. Der Bundesrat stellte im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zwar in Aussicht, dass er diesbezüglich allgemeine Kriterien festlegen werde, anhand derer die Kantone über die einzelnen Zulassungen entscheiden würden (AB 2000 S 105 [BR Dreifuss]). Die Zulassungsverordnung enthält jedoch - was die Beschwerdeführer kritisieren - keine solchen Richtlinien, sondern legt für jeden Kanton lediglich mehr oder weniger auf dem Status quo beruhende Höchstzahlen fest. Der Bundesrat geht damit implizit davon aus, dass mit den entsprechenden Zahlen das bestehende Bedürfnis als abgedeckt gelten könne. Mit Blick auf das Bestreben, den als vorübergehende Lösung geplanten Zulassungsstopp auf eine möglichst einfache und praktikable Art umzusetzen, und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Zulassungsstopp zeitlich auf drei Jahre beschränkt erfolgt, ist dies grundsätzlich vertretbar. Der Bundesrat hat damit das ihm eingeräumte weite Ermessen nicht überschritten oder den gesetz-

geberischen Willen unsachgerecht umgesetzt. Dies gilt auch für den Regierungsrat, soweit dieser seinerseits auf die dem Zahlstellenregister von santésuisse entnommenen Angaben abgestellt und diese nicht - allgemein oder hinsichtlich einzelner Spezialitäten - noch einer zusätzlichen Prüfung unterzogen hat.

6.3.1.2 Es liegt im Wesen einer staatlichen Bedürfnisplanung, dass den Behörden ein gewisser Ermessensspielraum zukommen muss, weil das zu deckende Bedürfnis letztlich nie objektiv genau festgelegt werden kann (ebenso auch HANS HEINRICH BRUNNER, Änderung der Verordnung über die Krankenversicherung/Umsetzung

des Artikels 55a KVG, Schweizerische Ärztezeitung 2002 S. 1360). In diesen Spielraum soll richterlich nur eingegriffen werden, wenn von den entsprechenden Befugnissen rechtsfehlerhaft Gebrauch gemacht worden ist. Dass dies in Bezug auf die in der bundesrätlichen Verordnung festgelegten und vom Kanton Zürich übernommenen Zahlen der Fall wäre, tun die Beschwerdeführer nicht dar. Ein solcher Schluss kann nicht bereits daraus gezogen werden, dass die Zahlen, die der bundesrätlichen Verordnung zugrunde liegen, möglicherweise nicht exakt dem aktuellen tatsächlichen Stand entsprechen; das im Sinne von Art. 55a KVG massgebende Bedürfnis muss nicht zwangsläufig auch genau mit der zu einer bestimmten Zeit zufälligerweise vorhandenen Ärztezahl übereinstimmen.

6.3.2 Soweit die angefochtene kantonale Verordnung - im Unterschied zu denjenigen anderer Kantone - von der Ausnahmemöglichkeit gemäss Art. 3 der Zulassungsverordnung keinen Gebrauch macht, kann ebenfalls nicht gesagt werden, dass sie die bundesrechtlichen Vorgaben verfassungswidrig umsetzen würde: Nach Art. 3 der Zulassungsverordnung können die Kantone zusätzlich zu den in Anhang 1 festgelegten Höchstzahlen Leistungserbringer zulassen, wenn in der betreffenden Kategorie eine Unterversorgung besteht. Nach dem klaren Wortlaut handelt es sich dabei um eine "Kann-Vorschrift" und keine verbindliche bundesrechtliche Vorgabe. Aus Anhang 2 der Zulassungsverordnung ergibt sich, dass die Versorgungsdichte im Kanton Zürich in den meisten Kategorien höher oder höchstens unwesentlich geringer ist als der schweizerische Durchschnitt und in praktisch allen Kategorien höher als in den angrenzenden Regionen Ostschweiz und Zentralschweiz. Wenn der Regierungsrat gestützt hierauf angenommen hat, es bestehe im Kanton Zürich generell keine Unterversorgung, ist dies vertretbar. Dass offenbar, wie die Beschwerdeführer unter Hinweis auf ein Schreiben der Vereinigung Zürcher Kinderärzte vorbringen, in gewissen Regionen des Kantons einige Pädiater mehrheitlich überlastet sind, vermag noch keine solche Unterversorgung zu belegen, zumal aus dem gleichen Schreiben auch hervorgeht, dass in anderen Gebieten Kinderärzte nicht ausgelastet sein sollen. Die Gesundheitsdirektion hält im Übrigen in ihrer Vernehmlassung fest, dass in tatsächlichen Mangellagen gestützt auf § 8 des kantonalen Gesundheitsgesetzes ausnahmsweise Sonderzulassungen möglich wären, allerdings angesichts der flächendeckenden Versorgung für den ganzen Kanton kaum mit solchen zu rechnen sei.

6.3.3 Durch die konkrete Ausgestaltung des Zulassungsstopps wird auch die Wettbewerbsneutralität bzw. der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen nicht beeinträchtigt:

6.3.3.1 Dass die Zulassungsbeschränkung die bereits praktizierenden Ärzte nicht treffen soll, ist durch Art. 55a KVG verbindlich vorgegeben (Art. 191 BV; vgl. E. 5.2.1). Die Beschwerdeführer scheinen daraus ableiten zu wollen, dass sie auch für die Neuzulassungen nicht gelten dürfe, weil sonst eine unzulässige Ungleichbehand-

lung bzw. Wettbewerbsverzerrung entstünde. Mit dieser Argumentation würde indessen der gesetzgeberische Wille, dem Bundesrat die Möglichkeit zur Einführung einer Zulassungsbeschränkung zu eröffnen, überhaupt vereitelt, womit der Regelung jeglicher Sinn abginge. Zwar hat der Zulassungsstopp zwangsläufig einen gewissen Schutz der bereits praktizierenden Ärzte vor zusätzlicher Konkurrenz zur Folge; eine sozialpolitisch begründete Massnahme ist aber nicht schon deshalb unzulässig, weil sie gewisse Reflexwirkungen auf den Wettbewerb hat (PIERRE MOOR, Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in: Thürer/ Aubert/Müller [Hrsg.], a.a.O., S. 265 ff., dort S. 275 Rz. 48; vgl. BGE 119 Ia 433 E. 4c S. 440 ff.). Zulässige öffentliche Interessen vermögen auch verhältnismässige Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen; zu vermeiden sind einzig spürbare, durch das öffentliche Interesse nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen (BGE 125 I 431 E. 4b S. 436; BGE 125 II 129 E. 10b S. 150).

6.3.3.2 Der Zugang zu staatlich administrierten knappen Gütern ist naturgemäss beschränkt und eine strikte Gleichbehandlung daher kaum je möglich (BGE 102 Ia 438 E. 3 S. 441; GIOVANNI BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, in: Thürer/Aubert/Müller, a.a.O., S. 779 ff., dort S. 784, Rz. 13; TOBIAS JAAG, Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, S. 477 ff., dort S. 485 ff.). Aus der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen folgt, dass beschränkt vorhandene Güter im Prinzip nicht so zugeteilt werden dürfen, dass einige eine unbeschränkte Leistung erhalten und andere gar nichts; anzustreben ist eine Regelung, die abwechslungsweise allen Konkurrenten die Möglichkeit gibt, am Wettbewerb teilzunehmen (BGE 128 I 136 E. 4.1; BGE 128 II 292 E. 5.2). Dabei ist aber jeweils auch dem aus der Eigentumsgarantie und dem Gebot von Treu und Glauben fliessenden Prinzip des Schutzes getätigter Investitionen Rechnung zu tragen, welches rechtfertigt,

bereits ausgeübte Tätigkeiten anders zu behandeln als solche, die erst noch beabsichtigt sind (BGE 102 Ia 438 E. 7b; JAAG, a.a.O., S. 491 f.; vgl. auch BGE 118 Ib 241 E. 7; BGE 113 Ia 119 E. 2a).

6.3.3.3 Eine dauernde vollständige Abschottung des Marktes gegenüber neuen Konkurrenten liesse sich mit der Wirtschaftsfreiheit hier wohl kaum vereinbaren (vgl. JAAG, a.a.O., S. 492). Umgekehrt wäre eine kurzfristig erfolgende Einschränkung für bereits praktizierende Ärzte aber bedeutend gravierender als für solche, die eine Praxiseröffnung erst planen. Eine zeitlich beschränkte Bevorzugung der bestehenden Praxen lässt sich deshalb rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat den Zulassungsstopp in Art. 55a Abs. 1 KVG auf drei Jahre begrenzt, was als einmalige Frist (ohne Möglichkeit einer Verlängerung) zu verstehen ist (AB 2000 N 351). Angesichts dieser durch Gesetz verbindlich vorgenommenen Interessenabwägung erscheint es mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen vereinbar, wenn der Bundesrat die gesetzlich vorgesehene Maximaldauer ausgeschöpft hat (Art. 6 der Zulassungsverordnung; ebenso MATTIG, a.a.O., S. 217; a.M. HOFMANN, a.a.O., S. 796), da und soweit die Einschränkung als verhältnismässig gelten kann (vgl. hierzu E. 6.3.4).

6.3.3.4 Unter diesen Umständen geht auch die Rüge einer Verletzung von Art. 8 BV fehl: Das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) ist weniger streng als das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen bzw. der Wettbewerbsneutralität (BGE 121 I 129 E. 3d S. 134 ff.; BIAGGINI, a.a.O., S. 784, Rz. 13). Ist dieses vorliegend eingehalten, kann auch Art. 8 Abs. 1 BV nicht verletzt sein. Eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 BV liegt nicht vor, auch wenn jüngere Ärzte durch den Zulassungsstopp stärker betroffen werden als ältere, da die beanstandete Regelung nicht auf das Alter der Gesuchsteller abstellt, sondern auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, wofür ein sachlicher Grund besteht (Investitionsschutz bereits praktizierender Ärzte). Von einer unzulässigen Diskriminierung im Sinne dieser Bestimmung könnte im Übrigen nur gesprochen werden, wenn Personen in vergleichbarer Situation allein deshalb rechtsungleich behandelt würden, weil sie einer historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzten oder sonst

als minderwertig behandelten Gruppe angehören (vgl. BGE 126 II 377 E. 6a S. 392 f. mit Hinweisen). Hiervon kann nicht die Rede sein, wenn Gewerbetreibende, die bereits eine Arztpraxis führen, hinsichtlich der

BGE 130 I 26 S. 55

Kassenzulassung anders behandelt werden als solche, die sich erst noch selbständig machen wollen. Schliesslich liegt auch keine unzulässige Diskriminierung junger Schweizer Ärzte gegenüber den in der EU niedergelassenen Ärzten vor, welche gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA während 90 Tagen im Jahr in der Schweiz Leistungen erbringen können. Ob diese Dienstleistungsfreiheit auch die Zulassung zur Leistungserbringung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung umfasst, steht nicht fest. Selbst wenn dem so wäre, handelte es sich dabei um eine Folge des Freizügigkeitsabkommens. Wenn dieses in gewissen Bereichen dazu führt, dass Personen im Ausland besser gestellt sind als solche im Inland, liegt hierin, wie das Bundesgericht bereits festgestellt hat, für sich allein noch keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung (BGE 129 II 249 E. 4.3 und 5.5; vgl. auch BGE 125 I 276 E. 4e).

6.3.4

6.3.4.1 Soweit die Beschwerdeführer rügen, der Zulassungsstopp sei, wenn nicht diskriminierend und rechtsungleich, so doch unverhältnismässig , ist wiederum zu beachten, dass die angefochtene Regelung für das Bundesgericht verbindlich ist, soweit sie durch Art. 55a KVG gedeckt wird. Dies trifft insbesondere für den Grundsatzentscheid der Zulassungsbeschränkung auf maximal drei Jahre zu. Dass es andere, möglicherweise wirksamere Massnahmen zur Kosteneindämmung geben mag, kann daher zum Vornherein nicht zur Aufhebung der angefochtenen Verordnung führen. Zu prüfen bleibt einzig, ob der Bundesrat oder der Regierungsrat im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessens den Zulassungsstopp anderweitig in unverhältnismässiger Weise eingeführt oder ausgestaltet haben.

6.3.4.2 Sachverhaltsmässig ist in diesem Zusammenhang unbestritten, dass vor dem 4. Juli 2002 im Kanton Zürich rund 700 Gesuche eingereicht wurden, die noch nach altem Recht zu beurteilen sind, also nicht unter den Zulassungsstopp fallen. Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, damit werde die Wirkung der angefochtenen Regelung von vornherein vereitelt. Die Massnahme sei daher ungeeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Dies ist in der Tat nicht völlig von der Hand zu weisen: Im Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates vom 23. Oktober 2002 wird ausgeführt, in den vier Wochen vor dem 4. Juli seien rund 700 Gesuche um Neuzulassung eingereicht worden, was die Zahl der zu Lasten der Krankenversicherung tätigen Leistungserbringer "weiter

BGE 130 I 26 S. 56

überproportional" ansteigen lasse, nachdem im Jahre 2001 insgesamt 176 Gesuche bewilligt worden seien. In seiner Antwort vom 25. September 2002 auf die Anfrage 1494 von Kantonsrat Denzler hielt der Regierungsrat fest, dass durch die Flut von Gesuchen, die noch vor dem Inkrafttreten der Zulassungsverordnung eingegangen seien, die angestrebte kostendämpfende Wirkung durch Reduktion der Neuzulassungen bereits heute praktisch zunichte gemacht worden sei (dort S. 3 f.). Die Eignung der Massnahme erscheint daher tatsächlich nicht zwingend (vgl. Mattig, a.a.O., S. 217 f.; HOFMANN, a.a.O., S. 793 Fn. 40).

6.3.4.3 Nun ist allerdings zu beachten, dass der Verordnungsgeber bei Erlass der beanstandeten Regelung unterschiedlichen Anliegen Rechnung zu tragen hatte. Nebst einer möglichst wirksamen Durchführung des Zulassungsstopps musste er auch das verfassungsmässige Gebot von Treu und Glauben wahren, weshalb die Zulassungsverordnung vorsieht, dass die Einschränkung für die vor ihrem Inkrafttreten eingereichten Gesuche nicht gilt (Art. 5). Zudem war der Bundesrat nach Art. 55a Abs. 2 KVG auch gehalten, vor Erlass der Zulassungsbeschränkung die Verbände der Leistungserbringer anzuhören. Dass diese damit vorgewarnt waren und ihre Mitglieder entsprechend orientieren konnten, war insofern gesetzlich vorgegeben. Wenn die mit dem Stopp angestrebte Wirkung dadurch relativiert wird, muss dies als Ausfluss der gesetzlichen Regelung hingenommen werden. Im Übrigen steht nicht fest, dass alle vor dem 4. Juli 2002 eingereichten Gesuche auch tatsächlich zu bewilligen sein werden. Es ist durchaus denkbar, dass sich darunter solche befinden, die im Zeitpunkt der Einreichung die erforderlichen Voraussetzungen klarerweise nicht erfüllt haben und deshalb trotz Art. 5 der Zulassungsverordnung zu keiner neuen Praxiseröffnung führen werden.

6.3.4.4 Dass diejenigen Ärzte, die vor dem 4. Juli 2002 kein Gesuch eingereicht haben, durch den Zulassungsstopp in erheblicher Weise betroffen sind, liegt auf der Hand, ist aber bereits im gesetzlich festgelegten Grundsatz so angelegt und steht deshalb hier nicht zur Diskussion. Hinzu kommt, dass durch den Zulassungsstopp nicht die Berufsausübung generell, sondern nur die Eröffnung einer eigenen Praxis mit der Möglichkeit, zu Lasten der Sozialversicherung abrechnen zu können, verhindert wird. Die betroffenen Ärzte können ihrem Beruf uneingeschränkt - beispielsweise in Spitälern - weiter nachgehen. Der Kanton weist in seiner

Beschwerdeantwort denn auch darauf hin, dass er per 1. Januar 2003 die Möglichkeit von Anstellungen als Spitalärzte geschaffen habe, die anders als die Assistenzarztstellen nicht mehr zeitlich befristet seien und nicht der Weiterbildung dienten (Spitalärzteverordnung vom 11. Dezember 2002), so dass auch unabhängig vom Assistentenstatus in den Spitälern nunmehr Arbeitsmöglichkeiten für vom Zulassungsstopp betroffene Ärzte bestünden. Dadurch werden die Auswirkungen des Zulassungsstopps zusätzlich gemildert.

6.3.4.5 Schliesslich ist auch bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme zu beachten, dass die beanstandete Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit im Grunde genommen bloss eine faktische Reflexwirkung einer Regelung bildet, die als solche diesem verfassungsmässigen Recht weitgehend entzogen ist (E. 4.3). Auch in anderen Wirtschaftsbereichen kommt es vor, dass sich infolge einer Änderung der staatlichen Politik der Umfang von Leistungen, die privaten Erwerbstätigen zugute kommen, wandelt und in der Folge nicht nur jungen Berufsleuten die Eröffnung eines eigenen Betriebes praktisch verunmöglicht wird, sondern sogar bestehende Betriebe reduziert oder geschlossen werden müssen (z.B. Armeezulieferbetriebe, Landwirtschaftspolitik [vgl. dazu BGE 118 Ib 241 E. 6-10]). Es gibt keinen verfassungsmässigen Anspruch darauf, dank staatlichen Aufträgen oder mit Hilfe von staatlichen Versicherungssystemen eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen und betreiben zu können. Der verfassungsrechtliche Schutz beschränkt sich insoweit im Wesentlichen auf den Anspruch auf Gleichbehandlung der Gewerbegenossen (hierzu E. 6.3.3) und den Schutz vor überfallartigen Rechtsänderungen (hierzu E. 8).

7. Nach § 3 der angefochtenen Verordnung gilt der Zulassungsstopp auch gegenüber Personen, die in einem anderen Kanton zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind. Die Beschwerdeführer rügen, dies stelle eine Verletzung von Art. 95 Abs. 2 und Art. 196 Ziff. 5 BV dar, indem - anders als nach der Regelung anderer Kantone - Ärzte, die anderswo bereits eine Praxis führten, diese nicht mehr in den Kanton Zürich verlegen könnten.

7.1 Nach Art. 95 Abs. 2 Satz 2 BV gewährleistet der Bund, dass Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung oder einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können. Bis

BGE 130 I 26 S. 58

zum Erlass der entsprechenden Bundesgesetzgebung sind die Kantone zur gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen verpflichtet (Art. 196 Ziff. 5 BV). Diese Regelung entspricht Art. 5 ÜbBest. aBV und stellt wie dieser ein verfassungsmässiges Recht dar (RETO JACOBS, St. Galler Kommentar zur BV, a.a.O., Rz. 22 zu Art. 95 BV). Nach der Rechtsprechung wird dadurch nicht nur die Anerkennung von Diplomen garantiert, sondern in allgemeiner Weise der gleiche Zugang zur Berufsausübung und das Verbot einer übermässigen, sachlich ungerechtfertigten Erschwerung der Berufsausübung, wie sie sich aus unterschiedlichen kantonalen Regelungen ergibt (BGE 125 II 56 E. 3a S. 59; BGE 123 I 259 E. 2b S. 260 f.; BGE 122 I 109 E. 4b und c S. 117 f.).

7.2

7.2.1 Der Zulassungsstopp ist zwar kein rechtliches Verbot der selbständigen Berufsausübung, wohl aber eine weitgehende faktische Beeinträchtigung einer solchen, weshalb er in den Anwendungsbereich von Art. 95 Abs. 2 Satz 2 BV fällt. Wie die Wirtschaftsfreiheit selber kann indessen auch deren binnenmarktbezogene Komponente (vgl. BGE 125 I 276 E. 5c/gg S. 287; RETO JACOBS, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 95 BV) beschränkt werden (vgl. Urteil 2P.362/1999 vom 6. Juli 1999, publ. in: ZBl 101/2000 S. 496 ff., E. 3 und 4; Art. 3 BGBM [SR 943.02]und dazu BGE 128 I 295 E. 4 S. 303 ff.). Art. 55a Abs. 3 KVG weist den Entscheid über die Zulassung neuer Leistungserbringer (gleich wie für Spitäler) mit Blick auf die regional unterschiedlichen Bedürfnisse den Kantonen zu, was die bundesrätliche Zulassungsverordnung mit ihren Höchstzahlen vorgabenkonform umsetzt. Dies bedingt jedoch zwangsläufig, dass dem Zulassungsentscheid nur eine auf den betreffenden Kanton beschränkte Wirkung zukommen kann, ansonsten der gesetzgeberische Wille, die Zulassung jeweils den einzelnen Kantonen vorzubehalten, zum Vornherein illusorisch würde. Leistungserbringer einer Kategorie, die in einem Kanton vom Zulassungsstopp ausgenommen sind (Art. 2 Abs. 1 lit. a Zulassungsverordnung), könnten sich in diesem niederlassen und anschliessend in einen anderen wechseln, in dem sie der Beschränkung unterliegen, womit die entsprechenden kantonalen Regelungen beliebig umgangen würden, was nicht Sinn und Zweck von Art. 55a KVG entspricht. Mit diesem geht einher, dass alle Personen, welche in den Geltungsbereich der entsprechenden kantonalen Regelung fallen, rechtsgleich zu behandeln sind (Art. 8 Abs. 1 BV).

BGE 130 I 26 S. 59

Würde der Kanton Zürich Bewerber einzig deshalb anders (bevorzugt) behandeln, weil sie bisher in einem anderen Kanton niedergelassen gewesen sind, würde er potentiell denjenigen gegenüber rechtsungleich handeln, welche direkt im Kanton Zürich um Zulassung nachsuchen (vgl. BGE 125 I 276 E. 4c S. 280).

7.2.2 Fraglich könnte höchstens sein, ob eine solche Regelung nicht verfassungswidrig ist, soweit sie auch Ärzte betrifft, die vor dem 4. Juli 2002 in einem anderen Kanton zugelassen wurden. Wie die Beschwerdeführer an sich zu Recht geltend machen, wird die Zahl der Leistungserbringer gesamtschweizerisch nicht erhöht, wenn

ein Arzt, der bisher bereits zu Lasten der Krankenpflegeversicherung in einem Kanton praktiziert hat, seine Praxis in einen anderen verlegt. Indessen geht die bundesrechtliche Regelung der Zulassungsbeschränkung eben doch davon aus, dass die Versorgungsgebiete kantonal festgelegt sind. Wohl stösst diese Vorgabe in einem gewissen Mass ins Leere, da Ärzte auch Patienten behandeln können, die in einem anderen Kanton Wohnsitz haben (Art. 41 Abs. 1 Satz 1 KVG); dem wird aber insofern Rechnung getragen, als die Kantone bei ihrem Entscheid jeweils die Versorgungsdichte in den Nachbarkantonen, in der Grossregion, zu welcher sie nach Anhang 2 gehören, und in der Schweiz mitberücksichtigen müssen (Art. 2 Abs. 2 der Zulassungsverordnung). Im Lichte der bundesrechtlichen Regelung ist es damit grundsätzlich auch insofern von Bedeutung, in welchem Kanton jemand praktiziert. In spezifisch gelagerten Einzelfällen, bei denen die Praxis aus wichtigen Gründen in einen anderen Kanton verlagert wird, ist indessen nicht zum Vornherein auszuschliessen, dass eine entsprechende "Neuzulassung" in verfassungskonformer Auslegung im Einzelfall gestützt auf Art. 95 Abs. 2 BV wird gewährt werden müssen. Art. 55a KVG deckt nicht jede beliebige Einschränkung der interkantonalen Niederlassungsfreiheit ab. Insbesondere angesichts der auf höchstens drei Jahre begrenzten Geltungsdauer der beanstandeten Regelung lässt sich diese im Rahmen der vorliegend allein vorzunehmenden abstrakten Normenkontrolle jedoch noch vertreten (vgl. E. 2.1).

8. Die angefochtene Verordnung ist am 23. Oktober 2002 erlassen und auf den 4. Juli 2002 in Kraft gesetzt worden. Hierin liegt eine echte Rückwirkung, die indessen als solche nicht beanstandet wird, weshalb deren Zulässigkeit nicht weiter zu prüfen ist (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG; vorne E. 2.1). Die Beschwerdeführer machen indessen

geltend, die angefochtene Regelung verletze im Rahmen einer unechten Rückwirkung das Prinzip von Treu und Glauben , da die betroffenen Personen ein einschränkendes Medizinstudium und eine Weiterbildung auf sich genommen hätten im schutzwürdigen Vertrauen darauf, ihren Beruf dereinst selbständig ausüben zu können (so auch HANGARTNER, Gutachten, a.a.O., S. 33 ff.).

8.1 Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) verschafft einen Anspruch auf Schutz berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten, sofern sich dieses auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht (BGE 129 I 161 E. 4.1 u. 4.2 S. 170; BGE 126 II 377 E. 3a S. 387; BGE 122 II 113 E. 3b/cc S. 123). Der entsprechende Schutz entfällt in der Regel bei Änderungen von Erlassen, da gemäss dem demokratischen Prinzip die Rechtsordnung grundsätzlich jederzeit geändert werden kann. Der Vertrauensgrundsatz vermag einer Rechtsänderung nur entgegenzustehen, wenn diese gegen das Rückwirkungsverbot verstösst oder in wohlerworbene Rechte eingreift (BGE 128 II 112 E. 10b/aa S. 125 f.; BGE 122 II 113 E. 3b/cc S. 123; CHRISTOPH ROHNER, St. Galler Kommentar zur BV, a.a.O., Rz. 60 zu Art. 9 BV). Nach der Rechtsprechung kann es aus Gründen der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit und des Willkürverbots sowie des Vertrauensschutzes verfassungsrechtlich zudem geboten sein, gegebenenfalls eine angemessene Übergangsregelung zu schaffen. Damit soll verhindert werden, dass gutgläubig getätigte Investitionen nutzlos werden (BGE 125 II 152 E. 5 S. 165; BGE 123 II 433 E. 9 S. 446 f.; BGE 118 Ib 241 E. 6c und 9b).

8.2 Der Zulassungsstopp, dessen Wirksamkeit mit Blick auf die zeitliche Beschränkung von einer möglichst raschen Umsetzung abhängt (vgl. E. 6.3.4.2), ist in Art. 55a KVG vorgegeben, weshalb er selbst bei einer Beeinträchtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben anzuwenden wäre (Art. 191 BV); im Übrigen verletzen weder die Zulassungsverordnung noch die angefochtene kantonale Regelung in diesem Zusammenhang Art. 9 BV:

8.2.1 Öffentlichrechtliche Ansprüche gelten als wohlerworben, wenn das Gesetz die entsprechenden Bezie-

hungen ein für allemal festlegt und von den Einwirkungen der gesetzlichen Entwicklung ausnimmt oder wenn bestimmte individuelle Zusicherungen abgegeben oder Verträge geschlossen worden sind (BGE 122 I 328 E. 7a

BGE 130 I 26 S. 61

S. 340; Urteil 2P.56/1999 vom 21. März 2000, E. 4b, publ. in: Pra 89/2000 Nr. 128 S. 745 ff.). Dies ist hier nicht der Fall. Eine ins Auge gefasste oder bereits absolvierte Ausbildung verschafft kein wohlerworbenes Recht darauf, den erlernten Beruf zu den ursprünglich geltenden Rahmenbedingungen ausüben zu können.

8.2.2 Die angefochtene Verordnung ist nicht anwendbar auf Gesuche, die vor ihrem Inkrafttreten eingereicht worden sind (Art. 5 Zulassungsverordnung), enthält aber keine Übergangsfrist für das Einreichen neuer Gesuche nach diesem Zeitpunkt. Immerhin musste bereits seit der Verabschiedung des revidierten KVG am 24. März 2000 damit gerechnet werden, dass der Bundesrat eine Zulassungsbeschränkung einführen würde. Zudem sind im Vorfeld der Bundesratsverordnung gemäss Art. 55a Abs. 2 KVG die Verbände der Leistungserbringer informiert und angehört worden. Offenbar war diesen das bevorstehende Inkrafttreten denn auch bekannt, wäre doch sonst der deutliche Anstieg der Zulassungsgesuche im Juni 2002 nicht erklärbar.

8.2.3 Sodann ist die angefochtene Regelung in ihrer Geltungsdauer auf drei Jahre befristet. Die Eröffnung einer eigenen Praxis wird damit nicht definitiv verunmöglicht, sondern um höchstens drei Jahre verzögert. Diese Regelung ist in ihren Auswirkungen etwa mit einer Änderung vergleichbar, welche die Ausbildungsanforderungen erhöht. Eine solche ist grundsätzlich zulässig. So hat es das Bundesgericht nicht als unzumutbar beurteilt, wenn die Lehrerausbildung auch für diejenigen, welche sie bereits begonnen haben, von vier auf fünf Jahre verlängert wird, zumal keine Gewähr dafür besteht, dass unmittelbar nach Abschluss der Ausbildung der Beruf auch tatsächlich ausgeübt werden kann (BGE 106 Ia 254 E. 4c S. 261 f.). Vorliegend geht es zwar nicht bloss um ein Jahr, sondern um bis zu drei Jahre; umgekehrt erschwert die angefochtene Regelung aber nur die Eröffnung einer eigenen Praxis, nicht aber auch eine anderweitige Ausübung des Berufs. Insoweit ist die angefochtene Regelung weniger streng, ermöglicht sie doch immerhin die unselbständige Erwerbstätigkeit und unter bestimmten Voraussetzungen auch die Übernahme einer bereits bestehenden Praxis (vgl. § 5 der Einführungsverordnung).

8.2.4 In der Regel dürften die durch die Zulassungsbeschränkung betroffenen Personen - abgesehen von der Ausbildung als solcher, die nach dem Gesagten aber anderweitig nutzbringend eingesetzt werden kann - auch noch keine erheblichen Investitionen im

BGE 130 I 26 S. 62

Hinblick auf die Eröffnung der eigenen Praxis getätigt haben. In seiner Antwort vom 25. September 2002 auf die Anfrage 1494 von Kantonsrat Denzler hat der Regierungsrat darauf hingewiesen, dass die Gesundheitsdirektion, um Härtefälle zu vermeiden, mit seiner Ermächtigung auch unter das neue Recht fallenden Gesuchstellern, die vor Inkrafttreten des Zulassungsstopps namhafte vertragliche Verpflichtungen eingegangen seien und im Hinblick auf eine Praxiseröffnung nachweisbar Investitionen getätigt hätten, eine Zulassung erteilt oder in Aussicht gestellt habe. Damit wird die umstrittene Verordnung verfassungskonform gehandhabt.

8.2.5 Der Beschwerdeführer 2 macht geltend, er habe nicht vor Inkrafttreten der Zulassungsverordnung ein Gesuch gestellt, weil er davon habe ausgehen können, dass sein Fachgebiet, die Kinder- und Jugendpsychiatrie, nicht vom Ärztestopp betroffen sein werde; er habe im Hinblick hierauf auch bereits konkrete Investitionen getätigt. Er verkennt, dass er damit eine individuelle Situation geltend macht, auf die im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nicht eingegangen werden kann (vgl. E. 2.1). Im Übrigen behauptet er selber nicht, dass ihm die zuständigen Stellen in irgendeiner Weise zugesichert hätten, die Kinder- und Jugendpsychiatrie würde durch den Zulassungsstopp nicht betroffen; auch sonst ist keine Vertrauensgrundlage ersichtlich, auf die er sich in diesem Zusammenhang stützen könnte.

9. Zu Unrecht rügen die Beschwerdeführer schliesslich eine Verletzung von Art. 8 und 14 EMRK, da die betroffenen Ärzte durch die angefochtene Regelung in ihrem Recht auf freie Lebensgestaltung drastisch beschnitten würden: Art. 8 EMRK gewährt den Schutz des Privat- und Familienlebens. Geschäftliche und berufliche Aktivitäten fallen nur insofern hierunter, als persönlichkeitsbezogene Aspekte der Berufsausübung zur Diskussion stehen, wie beispielsweise die Vertraulichkeit von Korrespondenzen oder Telefongesprächen (vgl. Urteil des EGMR i.S. Niemietz gegen Deutschland vom 16. Dezember 1992, Serie A, Bd. 251 B, Ziff. 29-33; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 360 ff.). Hier geht es nicht um solche Elemente. In Bezug auf die Möglichkeit, einen bestimmten Beruf überhaupt ergreifen oder ausüben zu können, verschafft Art. 8 EMRK keinen über Art. 27 BV hinausgehenden Schutz. Auch eine Verletzung von Art. 14 EMRK fällt somit ausser Betracht.