Urteilskopf

131 I 205

23. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. Apothekerverband des Kantons Zürich sowie A., B. und C. gegen Regierungsrat des Kantons Zürich (Staatsrechtliche Beschwerde) 2P.131/2004 vom 9. März 2005

Regeste (de):
Art. 8 Abs. 1 BV; Prinzip der Gewaltentrennung; Art. 88 OG; Art. 37 Abs. 3 KVG; § 17 des zürcherischen Gesetzes über das Gesundheitswesen; § 51 der zürcherischen Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln; Arzneimittelabgabe durch Ärzte (Selbstdispensation); Legitimation der Apotheker zur staatsrechtlichen Beschwerde (abstrakte Normenkontrolle).

Der Bestimmung in § 17 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes, wonach die Selbstdispensation in den Städten Zürich und Winterthur generell verboten und im übrigen Kantonsgebiet (mit Bewilligung) gestattet ist, kommt in Verbindung mit Art. 37 Abs. 3 KVG die Funktion einer legitimationsbegründenden Schutznorm zugunsten der in diesen Städten gelegenen Apotheken zu (E. 2).

Trotz unter dem Gesichtswinkel der Rechtsgleichheit nicht unbedenklicher Mängel darf die gesetzliche Regelung weiterhin Geltung beanspruchen, solange der zuständige kantonale Gesetzgeber keine neue Ordnung beschlossen hat. Eine Änderung auf Verordnungsstufe, welche die Zulässigkeit der Selbstdispensation auch in den Städten Zürich und Winterthur herbeiführen will, verstösst gegen den Grundsatz der Gewaltentrennung (E. 3).

Regeste (fr):
Art. 8 al. 1 Cst.; principe de la séparation des pouvoirs; art. 88 OJ; art. 37 al. 3 LAMal; § 17 de la loi zurichoise sur la santé publique; § 51 du règlement zurichois sur le commerce de médicaments; remise de médicaments par des médecins (dispensation directe); qualité des pharmaciens pour agir par la voie du recours de droit public (contrôle abstrait de normes).

La disposition figurant au § 17 de la loi zurichoise sur la santé publique, d'après laquelle la dispensation directe est généralement interdite dans les villes de Zurich et Winterthour et permise (avec autorisation) dans le reste du canton, assume, en relation avec l'art. 37 al. 3 LAMal, la fonction de norme protectrice fondant la qualité pour recourir en faveur des pharmacies situées dans ces villes (consid. 2).

En dépit de défauts non négligeables sous l'angle de l'égalité devant la loi, la réglementation légale peut continuer à s'appliquer, tant que le législateur cantonal compétent n'aura pas édicté de nouvelles règles. Une modification au niveau réglementaire qui tend à admettre la dispensation directe même dans les villes de Zurich et Winterthour viole le principe de la séparation des pouvoirs (consid. 3).

Regesto (it):
Art. 8 cpv. 1 Cost.; principio della separazione dei poteri; art. 88 OG; art. 37 cpv. 3 LAMal; § 17 della legge sanitaria zurighese; § 51 dell'ordinanza zurighese sul commercio di medicamenti; fornitura di medicamenti da parte dei medici (dispensazione diretta); legittimazione dei farmacisti a presentare un ricorso di diritto pubblico (controllo astratto delle norme).

La disposizione del § 17 della legge sanitaria zurighese, secondo cui la dispensazione diretta è generalmente vietata nelle città di Zurigo e Winterthur e permessa (con autorizzazione) nel resto del cantone, assume, in relazione con l'art. 37 cpv. 3 LAMal, la funzione di norma protettrice suscettibile di fondare la legittimazione delle farmacie situate in queste città (consid. 2).

Malgrado lacune non indifferenti dal profilo dell'uguaglianza giuridica, la regolamentazione legale può continuare a rimanere in vigore fintanto che il competente legislatore cantonale non abbia adottato un nuovo regime. Una modifica a livello di ordinanza tendente ad ammettere la dispensazione diretta anche nelle città di Zurigo e Winterthur viola il principio della separazione dei poteri (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 207

BGE 131 I 205 S. 207

A. Das zürcherische Gesetz über das Gesundheitswesen vom 4. Nov ember 1962 (im Folgenden: Gesundheitsgesetz bzw. GesG/ZH) gewährt in § 17 den Ärzten ausserhalb der Städte Zürich und Winterthur das Recht, mit Bewilligung der Direktion des Gesundheitswesens eine Privatapotheke zu führen. Die Tätigkeit der Apotheker ist in §§ 23 ff. GesG/ZH geregelt. Die regierungsrätliche Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln vom 28. Dezember 1978 (im Folgenden: Heilmittelverordnung bzw. HMV/ZH) enthält in §§ 51 ff. nähere Bestimmungen über die Privatapotheken der Ärzte. Die Inhaber von Privatapotheken dürfen Arzneimittel nur für Patienten mitgeben, die bei ihnen in Behandlung stehen (§ 52 HMV/ZH).

B. In einem Urteil vom 13. Juli 1973 (publ. in: ZBl 74/1973 S. 504 ff.) verneinte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich das Vorliegen einer rechtsungleichen Behandlung durch den in § 17 GesG/ZH statuierten Ausschluss der in Zürich und Winterthur praktizierenden Ärzte von der Selbstdispensation. Hingegen gelangte das Verwaltungsgericht im genannten Urteil zum Schluss, das für die Ärzte in den Städten Zürich und Winterthur geltende Selbstdispensationsverbot verstosse gegen die Handels- und Gewerbefreiheit. Aufgrund einer Vereinbarung der Ärztegesellschaft des Kantons Zürich mit dem Apothekerverein des Kantons Zürich wurden in der Folge aber nur wenige Selbstdispensationsbewilligungen für Ärzte in Zürich und Winterthur erteilt (vgl. ZBl 99/1998 S. 572-574).

C.

C.a Mit Entscheid vom 26. Februar 1998 (publ. in: ZBl 99/1998 S. 568 ff.) - betreffend das Gesuch eines HMO-Zentrums in Zürich um Erteilung der Bewilligung zur Medikamentenabgabe - bejahte das Verwaltungsgericht aufgrund der dahingehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung die grundsätzliche Vereinbarkeit von Einschränkungen der Selbstdispensation mit der Handels- und Gewerbefreiheit. In der Beschränkung des Verbotes auf die Städte Zürich und Winterthur erblickte das Gericht aber einen Verstoss gegen die Rechtsgleichheit. Der kantonale Gesetzgeber sei bei Erlass bzw. Weiterführung der in § 17 GesG/ZH enthaltenen Regelung davon ausgegangen, die Medikamentenabgabe sei zum Schutze der öffentlichen Gesundheit durchwegs den Apotheken vorzubehalten, wobei in Gebieten mit ungenügender Versorgung durch öffentliche Apotheken die Selbstdispensation trotz der damit

BGE 131 I 205 S. 208

verbundenen Gefahren als das kleinere Übel zugelassen werden müsse. Die seit dem Jahre 1951 bestehende Abgrenzung zwischen den Städten Zürich und Winterthur einerseits und den übrigen Gemeinden andererseits

habe seinerzeit noch als zulässige Pauschalierung gelten können. Nachdem jedoch heute in zahlreichen Landgemeinden eine oder mehrere Apotheken bestünden, halte die in § 17 GesG/ZH getroffene räumliche Abgrenzung vor dem Rechtsgleichheitsgebot nicht mehr stand. Aufgrund der heutigen Dichte und Verteilung von Apotheken im Kanton Zürich bestehe für die in § 17 GesG/ZH getroffene Unterscheidung kein vernünftiger und sachlicher Grund mehr. Ob darüber hinaus auch ein Verstoss gegen die Gleichbehandlung der Gewerbegenossen vorliege, liess das Gericht offen. Aufgrund akzessorischer Normenkontrolle sei § 17 GesG/ZH nicht anzuwenden, soweit diese Bestimmung eine Selbstdispensationsbewilligung für Ärzte in Zürich und Winterthur ausschliesse. Da es Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Verwaltungsgerichts sei, die Frage der Selbstdispensation verfassungskonform zu regeln und der Entscheidungsspielraum durch das ergehende Urteil nicht eingeschränkt werden dürfe, sei die konkret anbegehrte Selbstdispensationsbewilligung nur bis zum Inkrafttreten einer neuen gesetzlichen Regelung zu erteilen, ohne dass hiefür dannzumal ein Bestandesschutz beansprucht werden könne.

C.b Der Inhaber einer in der Nähe des oben erwähnten HMO-Zentrums gelegenen Apotheke führte gegen dieses Urteil des Verwaltungsgerichts staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Willkürverbotes sowie der derogatorischen Kraft des Bundesrechts, auf welche das Bundesgericht mit Urteil 2P.195/1998 vom 15. Juni 1999 (publ. in: ZBl 101/2000 S. 533 ff.), von gewissen Verfahrensrügen abgesehen, mangels Legitimation des Beschwerdeführers nicht eintrat.

D. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich bewilligte in der Folge 87 Gesuche für die Medikamentenabgabe durch Ärzte in Zürich und Winterthur. Seit September 1998 sistierte sie die noch hängigen, zu hunderten eingegangenen Gesuche, dies zunächst bis zum Vorliegen des bundesgerichtlichen Entscheides vom 15. Juni 1999 bzw. bis zum Vorliegen der Begründung desselben, dann bis zu einem Volksentscheid über die Neuregelung der Selbstdispensation. Die dagegen beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erhobenen Beschwerden blieben erfolglos.

Im Frühjahr 2001 befasste sich der Kantonsrat mit der Neuregelung der Selbstdispensation. Eine erste Vorlage, welche als Gegenvorschlag zu zwei eingereichten und wieder zurückgezogenen Volksinitiativen der Apothekerschaft einerseits und der Ärzteschaft andererseits konzipiert war, sah im Wesentlichen vor, dass Ärzten die Führung einer Privatapotheke bewilligt wird, wenn sich in einer Gemeinde keine oder im Verhältnis zur Bevölkerung zu wenige öffentliche Apotheken befinden oder wenn diese für wesentliche Teile der Bevölkerung schlecht erreichbar sind. Ferner war die Abgabeberechtigung für den Fall vorgesehen, dass sich innerhalb eines Umkreises von 500 m zur Praxis keine Apotheke befindet und der Arzt sich an den allgemeinen medizinischen Notfalldiensten der Standesorganisationen beteiligt. Diese Vorlage wurde von den Stimmberechtigten am 23. September 2001 mit 54 % Neinstimmen verworfen. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich hielt trotz dieses Ergebnisses die Sistierung der Gesuche um Selbstdispensation für Ärzte in Zürich und Winterthur aufrecht, wogegen eine Gesuchstellerin erfolglos an das Verwaltungsgericht und hernach an das Bundesgericht gelangte (Urteil 2P.225/2002 vom 26. Mai 2003). Eine zweite, vom Regierungsrat ausgearbeitete Gesetzesvorlage sah vor, dass Ärzte in Gemeinden ohne mindestens eine Apotheke mit durchgehender Öffnungszeit die Abgabeberechtigung erlangen konnten. Seitens der Ärzte wurde gegen diese vom Kantonsrat verabschiedete Gesetzesänderung das Referendum ergriffen. In der Volksabstimmung vom 30. November 2003 wurde auch diese Neuregelung mit einer Mehrheit von 59 % abgelehnt.

E. Der Regierungsrat des Kantons Zürich beschloss in der Folge am 10. März 2004 eine Änderung von § 51 der Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln, wonach Ärzte nunmehr im ganzen Kantonsgebiet, d.h. auch in den Städten Zürich und Winterthur, mit Bewilligung der Gesundheitsdirektion eine Privatapotheke führen können. Die geänderte Bestimmung lautet wie folgt: § 51
Zur Führung einer ärztlichen Privatapotheke ist eine Bewilligung der Direktion des Gesundheitswesens er-

forderlich. Die Bewilligung wird praxisberechtigten Ärztinnen und Ärzten sowie ambulanten gemeinnützigen Institutionen nach § 9 der Ärzteverordnung erteilt. Für die Einrichtungen der Privatapotheken gelten die §§ 15 bis 18 sowie 23 und 35 dieser Verordnung. Zur Behebung untergeordneter

Mängel kann die Bewilligung mit Auflagen versehen werden. Die Bewilligungen werden befristet und auf Gesuch erneuert, wenn die Voraussetzungen fortbestehen. Die zur Abgabe von Medikamenten berechtigten Ärztinnen, Ärzte und ambulanten gemeinnützigen Institute sind verpflichtet, in ihren Praxisräumen an gut sichtbarer Stelle den Hinweis anzubringen, dass die Medikamente auch gegen Rezept in der Apotheke bezogen werden können.

F. Der Apothekerverband des Kantons Zürich sowie drei Inhaber von in Zürich, Winterthur und Fehraltdorf gelegenen Apotheken führen gegen diesen Beschluss des Regierungsrates am 19. Mai 2004 staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, die Verordnungsänderung aufzuheben. Sie rügen eine Verletzung der Gewaltenteilung, der derogatorischen Kraft des Bundesrechts sowie der Rechtsgleichheit und des Vertrauensschutzes. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und hebt den Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 10. März 2004 betreffend Änderung von § 51 der Verordnung vom 28. Dezember 1978 über den Verkehr mit Heilmitteln auf.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

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

2.1 Im Vordergrund stehen die Rügen der Verletzung der Gewaltenteilung sowie der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. Für beide Rügen bedarf es, auch im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, wo an sich eine virtuelle Betroffenheit genügt, eines Eingriffes in rechtlich geschützte Interessen (BGE 127 I 60 E. 2a S. 63 und E. 4 S. 68 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer muss durch die als bundesrechtswidrig oder kompetenzwidrig beanstandete Norm in seiner eigenen Rechtsstellung oder in rechtlich geschützten eigenen Interessen betroffen sein.

2.2 Die angefochtene Verordnungsvorschrift richtet sich nicht an Apotheker, sondern an die im Kanton tätigen Ärzte. Die Beschwerdeführer (bzw. der für sie mitrekurrierende Apothekerverband) sind insoweit nicht in der eigenen Rechtsstellung betroffen. Sie können sich, da zwischen den Berufsgruppen der Apotheker und der Ärzte (solange diesen der Handverkauf verwehrt bleibt) gemäss Rechtsprechung keine direkte Konkurrenz besteht, gegenüber der behaupteten unzulässigen Begünstigung der Ärzte auch

nicht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen berufen (vgl. Urteil 2P.287/2002 vom

22. Dezember 2003 betreffend Apothekerverein Schwyz, E. 2.3 mit Hinweisen). Es besteht kein Anlass, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen. Seitens der Beschwerdeführer wird geltend gemacht, dass die den Ärzten durch die angefochtene Verordnungsänderung eingeräumte erweiterte Selbstdispensationsbefugnis in durch Normen des Bundesrechtes geschützte Interessen der Apotheker eingreife. In seinem (eingangs zitierten) Urteil vom 15. Juni 1999, welches ebenfalls die hier streitige Frage der Zulässigkeit der Selbstdispensation in den Städten Zürich und Winterthur betraf, hat das Bundesgericht der Vorschrift von Art. 37 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) den Charakter einer den Interessen der Apotheker dienenden (selbständigen) Schutznorm abgesprochen. Im gleichen Sinne entschied es im Urteil vom 22. Dezember 2003 betreffend den Kanton Schwyz. Von dieser Rechtsprechung grundsätzlich abzuweichen besteht kein Anlass.

2.3 Zu prüfen bleibt, ob und wieweit § 17 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes - mit dem die streitige Verordnungsvorschrift offensichtlich in Widerspruch steht - von den Apothekern als legitimationsbegründende Schutznorm angerufen werden kann. Diese Gesetzesvorschrift steht, auch wenn ihr das Verwaltungsgericht in einem konkreten Anwendungsfall aus Gründen der Rechtsgleichheit die Gefolgschaft verweigert hat, nach wie vor in Kraft und kann insoweit die Funktion einer Schutznorm immer noch erfüllen, ohne dass es darauf ankäme, ob sie mit der Rechtsgleichheit vereinbar ist; letzteres wäre eine Frage der materiellen Beurteilung.

2.3.1 In BGE 119 Ia 433 E. 2c S. 437 f. hat das Bundesgericht einer Gesetzesvorschrift des Kantons Schaffhausen, welche die Bewilligung der Selbstdispensation durch Ärzte nur zuliess, soweit dies "für die ärztliche Betreuung der Bevölkerung notwendig ist", den Charakter einer Schutznorm zugunsten der Apotheker zuerkannt. Die Bestimmung wolle die genügende Medikamentenversorgung der Bevölkerung sichern, indem sie Apotheken unter gewissen Voraussetzungen vor der Konkurrenz durch selbstdispensierende Ärzte schütze. Dieser Konkurrenzschutz sei zwar nicht das eigentliche Ziel der Norm, sondern nur ein Mittel zur Erreichung des

mit ihr verfolgten Zweckes. Er sei aber nicht eine blosse faktische Reflexwirkung, sondern vom Gesetzgeber durchaus beabsichtigt. Die betroffenen Apotheken hätten damit ein rechtlich geschütztes Interesse an der Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Selbstdispensation. Das Bundesgericht nahm bei der Beurteilung der staatsrechtlichen Beschwerde gegen das Urteil des zürcherischen Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 1998, worin dieses § 17 des kantonalen Gesundheitsgesetzes die Gefolgschaft verweigerte und allen kantonalen Ärzten einen (bis zu einer gesetzlichen Neuordnung befristeten) Anspruch auf Zulassung der Selbstdispensation zuerkannte, auf die erwähnte Rechtsprechung zur Schaffhauser Regelung Bezug. Es erblickte aber einen wesentlichen Unterschied der in § 17 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes enthaltenen Vorschrift darin, dass diese Bestimmung, indem sie die Selbstdispensation in einem Kantonsteil generell zulasse und im andern Kantonsteil (Zürich/ Winterthur) generell verbiete, nicht spezifisch darauf ausgelegt sei, den Weiterbestand des vorhandenen Apothekennetzes zu schützen oder den Ausbau desselben zu fördern. Der aus § 17 GesG/ZH für die Apotheken (in Zürich und Winterthur) resultierende Vorteil sei hier, anders als nach der Ordnung des Kantons Schaffhausen, eine blosse (ungewollte) faktische Reflexwirkung, die als solche kein rechtlich geschütztes Interesse zu begründen vermöge (zit. Urteil 2P.195/1998 vom 15. Juni 1999, publ. in: ZBl 101/2000 S. 533 ff., E. 3d/aa).

2.3.2 Es fragt sich, wieweit an dieser Betrachtungsweise festgehalten werden kann. § 17 GesG/ZH ist zwar nicht direkt auf die Erhaltung oder den Ausbau des bestehenden Apothekennetzes ausgerichtet, indem er die Zulassung der Selbstdispensation nach einer räumlichen Zweiteilung des Kantonsgebietes entweder generell zulässt oder generell verbietet, ohne auf die jeweils vorhandenen Versorgungsmöglichkeiten durch die bestehenden Apotheken bzw. auf die tatsächliche Bedürfnislage abzustellen. Das Gesetz nimmt aber in klarer Weise eine Aufgabenteilung vor, indem es für das Gebiet der beiden grossen Städte die Medikamentenversorgung aus-

schliesslich den Apotheken vorbehält. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang Art. 37 Abs. 3 KVG, wonach die Kantone bei der Zulassung der Selbstdispensation die Zugangsmöglichkeiten zu öffentlichen Apotheken zu berücksichtigen haben. Zwar erscheint diese bundesrechtliche Vorschrift, wie das Bundesgericht in seinem

BGE 131 I 205 S. 213

Entscheid vom 15. Juni 1999 (E. 3d/bb, publ. in: ZBl 101/2000 S. 537/38) festgestellt und in einem späteren Urteil 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003, E. 2.3 (betreffend die Ordnung des Kantons Schwyz) bestätigt hat, zu allgemein, um für sich allein als Schutznorm gegenüber der Zulassung der Selbstdispensation angerufen werden zu können. In Verbindung mit dieser - wenn auch lange nach Erlass des zürcherischen Gesundheitsgesetzes in Kraft getretenen - Vorschrift von Art. 37 Abs. 3 KVG, welche die Aufgabenteilung zwischen Apotheken und Ärzten für die Leistungserbringung im Rahmen der Krankenversicherung als anzustrebendes Ziel zum Ausdruck bringt, kann jedoch der in § 17 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes getroffenen Ordnung, was den Ausschluss der Selbstdispensation in den Städten Zürich und Winterthur anbelangt, objektiv die Funktion einer Schutznorm zugunsten der in diesen Städten gelegenen Apotheken zuerkannt werden. Insoweit ist an der im Urteil vom 15. Juni 1999 erfolgten Beurteilung der Legitimationsfrage nicht festzuhalten. Die Apotheker in den Städten Zürich und Winterthur haben ein rechtlich geschütztes Interesse, zu verlangen, dass das vom Gesetzgeber für diesen Teil des Kantons statuierte Selbstdispensationsverbot eingehalten und die Medikamentenverteilung dementsprechend ausschliesslich den Apotheken überlassen wird. Festzuhalten ist jedoch - wie vorausgeschickt (oben E. 2.2 in fine) - an der bisherigen Rechtsprechung insoweit, als Art. 37 Abs. 3 KVG nicht als Schutznorm gegenüber Anordnungen des kantonalen Gesetzgebers angerufen werden kann. Die im Urteil 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2002 betreffend den Kanton Schwyz sowie in dem mit heutigem Datum ergangenen Entscheid betreffend den Kanton Solothurn (BGE 131 I 198) erfolgte Beurteilung der Legitimationsfrage wird durch die geänderte Einschätzung der Tragweite von § 17 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes nicht in Frage gestellt.

2.4 Auf die staatsrechtliche Beschwerde ist nach dem Gesagten einzutreten. Die Beschwerdeführer 2 und 3 sind als Inhaber von in Zürich bzw. Winterthur gelegenen Apotheken durch die angefochtene Verordnungsänderung in ihren rechtlich geschützten Interessen direkt betroffen; die Beschwerdeführerin 4, welche eine ausserhalb der beiden Städte gelegene Apotheke betreibt und eines Tages auf Stadtgebiet eine Apotheke eröffnen könnte, ist zumindest virtuell betroffen (sofern man nicht schon im Wegfall der

BGE 131 I 205 S. 214

Ausführung von Verschreibungen durch Ärzte aus den Stadtgebieten eine unmittelbare Betroffenheit erblicken will); der mitrekurrierende Apothekerverband vertritt gemäss Art. 2 seiner Statuten u. a. die Interessen seiner Mitglieder gegenüber den Behörden und erscheint, da eine Grosszahl der ihm angeschlossenen Apotheker durch die Aufhebung des Selbstdispensationsverbotes für das Gebiet Zürich und Winterthur direkt oder virtuell betroffen ist, ebenfalls als zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert.

3.

3.1 Die angefochtene Verordnungsänderung, durch welche die Befugnis zur Selbstdispensation entgegen § 17 GesG/ZH auch den Ärzten in Zürich und Winterthur zuerkannt wird, hält vor dem Grundsatz der Gewaltentrennung nur stand, sofern die in der genannten Gesetzesbestimmung vorgenommene Unterscheidung zwischen Ärzten in den beiden Städten Zürich und Winterthur einerseits und jenen im übrigen Kantonsgebiet andererseits, wie im Urteil des zürcherischen Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 1998 seinerzeit angenommen, tatsächlich gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstösst und daher nicht zur Anwendung gelangen darf. Der genannte Verwaltungsgerichtsentscheid ist zwar damals beim Bundesgericht - wegen Verneinung der Legitimation - erfolglos angefochten worden und in Rechtskraft erwachsen. Er beinhaltete jedoch lediglich eine inzidente Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von § 17 GesG/ZH, welcher formell nach wie vor in Kraft steht, weshalb das Ergebnis der damaligen Prüfung das Bundesgericht für das vorliegende Verfahren nicht bindet. Ob § 17 GesG/ZH mit dem Rechtsgleichheitsgebot vereinbar ist, beurteilt das Bundesgericht mit freier Kognition (BGE 126 I 180 E. 2a S. 182 mit Hinweisen), und zwar aufgrund der heutigen Verhältnisse.

3.2 Es ist zuzugeben, dass die in § 17 GesG/ZH bezüglich des räumlichen Geltungsbereiches des Selbstdispensationsverbotes getroffene Unterscheidung sehr pauschal erscheint. Die vorgenommene räumliche Abgrenzung vermag insofern nicht zu befriedigen, als heute auch andere grosse Gemeinden im Kanton ein relativ dichtes Netz von Apotheken aufweisen und damit bezüglich der Medikamentenversorgung durch öffentliche Apotheken in gewissen Gebieten ausserhalb von Zürich und Winterthur ähnliche Verhältnisse wie in den genannten Städten bestehen können. Eine feinere räumliche Abgrenzung - falls überhaupt an einer abstrakten

gebietsweisen Umschreibung des Geltungsbereiches der beiden Regimes festgehalten und nicht, wie in den beiden abgelehnten Gesetzesvorlagen vorgesehen, auf eine an die jeweilige lokale Versorgungslage anknüpfende Regelung umgestellt wird - wäre daher wünschbar. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die in § 17 GesG/ZH festgelegte Abgrenzung aufgrund der heutigen Verhältnisse geradezu als verfassungswidrig einzustufen ist. Dem Gesetzgeber sind schematische Aufteilungen, wenn sie tendenziell vernünftig und sachgerecht erscheinen, nicht verwehrt. Die in § 17 GesG/ZH vorgenommene gebietsmässige Aufteilung hat insofern nach wie vor ihre Berechtigung, als jedenfalls in den beiden grossen Städten Zürich und Winterthur ein dichtes und durch öffentliche Verkehrsmittel gut erschlossenes Apothekennetz besteht, so dass für dieses Gebiet das Bedürfnis nach ärztlicher Selbstdispensation zulässigerweise generell verneint werden darf, während im übrigen Kantonsgebiet die Versorgungsmöglichkeit mit Medikamenten tendenziell nicht im gleichen Masse gewährleistet ist. Wohl mögen die Verhältnisse, was die Apothekendichte und die Erschliessung durch öffentliche Verkehrsmittel anbelangt, in gewissen Gebieten sich von jenen in den beiden grossen Städten kaum mehr unterscheiden, und die Versorgungslage, welcher der Gesetzgeber mit § 17 GesG/ZH Rechnung tragen wollte, dürfte sich im Laufe der Zeit auch insgesamt wesentlich geändert haben. Bevor jedoch der vom Gesetzgeber in § 17 GesG/ZH getroffenen Unterscheidung aus Gründen der Rechtsgleichheit die Verbindlichkeit abgesprochen wird, sind - unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsgebotes - die damit verbundenen Konsequenzen abzuwägen. Sowohl die generelle Zulassung der ärztlichen Selbstdispensation im ganzen Kantonsgebiet (so die Rechtsfolge nach der im Urteil des zürcherischen Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 1998 vertretenen Betrachtungsweise, welcher der Regierungsrat mit der angefochtenen Verordnungsänderung nach der Ablehnung der beiden Gesetzesvorlagen folgen möchte) als auch die als Alternative ebenfalls in Betracht fallende Ausdehnung des für die beiden Städte statuierten Selbstdispensationsverbotes auf den ganzen Kanton widersprächen klar dem Willen des historischen Gesetzgebers, wie er in § 17 GesG/ZH zum Ausdruck kommt. Eine Änderung des heutigen Zustandes in die eine oder andere Richtung hätte aber auch weitreichende sachliche Konsequenzen; die dadurch neu geschaffenen und nicht mehr ohne weiteres

reversiblen Verhältnisse könnten mit den Intentionen des heutigen kantonalen Gesetzgebers, welche aufgrund des Ergebnisses der kürzlich durchgeführten Abstimmungen über die beiden gescheiterten Gesetzesvorlagen nicht ohne weiteres erkennbar sind, kollidieren. Andererseits ist zu beachten, dass die Ungereimtheiten der heutigen räumlichen Abgrenzung des Selbstdispensationsverbotes unter dem Gesichtswinkel der Rechtsgleichheit wie auch des Gebotes der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen insofern nicht schwer ins Gewicht fallen, als sie nicht den Kern der ärztlichen Tätigkeit, sondern nur einen potentiellen Nebenbereich derselben betreffen, welcher aufgrund der ausbildungsbedingten Aufgabenteilung zwischen Ärzten und Apothekern so oder so von untergeordneter Bedeutung bleiben muss und legitimerweise nicht zu einem wichtigen Teil der ärztlichen Erwerbstätigkeit werden darf. Eine Abwägung dieser Umstände führt zum Schluss, dass die in § 17 GesG/ZH festgelegte Regelung, auch wenn sie mit nicht unbedenklichen Mängeln behaftet ist, weiterhin Geltung beanspruchen darf, solange der zuständige kantonale Gesetzgeber keine neue Ordnung beschlossen hat. Damit ist zugleich gesagt, dass für die streitige Verordnungsänderung - welche den aufgrund des Verwaltungsgerichtsurteils vom 26. Januar 1998 geschaffenen "faktischen" Rechtszustand gleichsam kodifizieren will - kein Raum besteht. Die angefochtene neue Verordnungsvorschrift ist in Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung aufzuheben. Eine Behandlung der weiteren Rügen erübrigt sich.