Urteilskopf

131 I 198

22. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. Apothekerverein des Kantons Solothurn sowie A., B., C. und D. gegen Kantonsrat des Kantons Solothurn (Staatsrechtliche Beschwerde) 2P.324/2003 vom 9. März 2005

Regeste (de):

Art. 8 und 49 Abs. 1 BV; Art. 88 OG; Art. 37 Abs. 3 KVG; Art. 26 Abs. 1 und Art. 30 HMG; §§ 19-21 des solothurnischen Gesetzes vom 10. September 2003 über die Einführung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte; Arzneimittelabgabe durch Ärzte (Selbstdispensation); Legitimation der Apotheker zur staatsrechtlichen Beschwerde (abstrakte Normenkontrolle).

Zur Anfechtung von Erlassen ist ein drohender Eingriff in rechtlich geschützte Interessen erforderlich, was auch bei der Geltendmachung einer Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes gilt (E. 2.1 und 2.3).

Aus den einschlägigen bundesrechtlichen Bestimmungen (Art. 37 Abs. 3 KVG sowie Art. 26 Abs. 1 und Art. 30 HMG) allein lässt sich keine legitimationsbegründende Schutznorm im Sinne von Art. 88 OG zugunsten der Apotheker ableiten, um eine kantonal-gesetzliche Regelung betreffend die Arzneimittelabgabe durch Ärzte anfechten zu können (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 2.5). Fehlende Legitimation auch nach Massgabe der Grundsätze zur Anfechtung von Erlassen wegen rechtsungleicher Begünstigung Dritter (sog. AVLOCA-Praxis; E. 2.6).

Regeste (fr):

Art. 8 et 49 al. 1 Cst.; art. 88 OJ; art. 37 al. 3 LAMal; art. 26 al. 1 et art. 30 LPTh; §§ 19-21 de la loi soleuroise du 10 septembre 2003 sur l'introduction de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux; 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).

Pour pouvoir recourir contre un arrêté, il faut être menacé dans ses intérêts juridiquement protégés, ce qui vaut même lorsqu'est invoquée une violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (consid. 2.1 et 2.3).

Des seules dispositions du droit fédéral en cause (art. 37 al. 3 LAMal ainsi que les art. 26 al. 1 et 30 LPTh), ne découle pas de norme protectrice fondant la qualité pour recourir au sens de l'art. 88 OJ en faveur des pharmaciens, afin qu'ils puissent attaquer une réglementation légale cantonale concernant la remise de médicaments par des médecins (confirmation de jurisprudence; consid. 2.5). Défaut de légitimation aussi selon les principes valables pour recourir contre des arrêtés en raison d'un privilège contraire à l'égalité de traitement accordé à des tiers (jurisprudence dite AVLOCA; consid. 2.6).

Regesto (it):

Art. 8 e 49 cpv. 1 Cost.; art. 88 OG; art. 37 cpv. 3 LAMal; art. 26 cpv. 1 e art. 30 LATer; §§ 19-21 della legge solettese del 10 settembre 2003 sull'introduzione della legge federale sui medicamenti e i dispositivi medici; fornitura di medicamenti da parte dei medici (dispensazione diretta); legittimazione dei farmacisti a presentare un ricorso di diritto pubblico (controllo astratto delle norme).

La facoltà di impugnare un decreto presuppone la minaccia di una lesione ad interessi giuridicamente protetti, regola valida anche quando viene invocata la violazione del principio della forza derogatoria del diritto federale (consid. 2.1 e 2.3).

Dalle sole disposizioni federali pertinenti (art. 37 cpv. 3 LAMal, art. 26 cpv. 1 e art. 30 LATer) non è possibile dedurre alcuna norma protettrice suscettibile di conferire ai farmacisti la legittimazione ai sensi dell'art. 88 OG, alfine di poter impugnare una regolamentazione legislativa cantonale concernente la fornitura di medicamenti da parte dei medici (conferma della giurisprudenza; consid. 2.5). Carenza di legittimazione pure in virtù dei principi per l'impugnazione di decreti in ragione di un privilegio accordato a terzi contrario al precetto di uguaglianza giuridica (cosiddetta AVLOCA-Praxis; consid. 2.6).

Sachverhalt ab Seite 199

BGE 131 I 198 S. 199

Der Kantonsrat des Kantons Solothurn erliess am 10. September 2003 ein neues Gesetz über die Einführung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (im Folgenden: EG HMG/SO). Dieses sieht in Bezug auf die Medikamentenabgabe durch Medizinalpersonen (sog. Selbstdispensation) Folgendes vor: § 19. Private Apotheken / a) Begriff
1 Als private Apotheken gelten die Apotheken der selbstdispensierenden Ärzte und Ärztinnen, Zahnärzte und Zahnärztinnen, Tierärzte und Tierärztinnen. Dafür wird vom Departement eine separate Betriebsbewilligung ausgestellt. 2 Keine separate Betriebsbewilligung ist notwendig, wenn nur die unmittelbare Anwendung von Medikamenten am Patienten oder an der Patientin sowie die Abgabe in Notfällen praktiziert wird. § 20. b) Abgabebefugnis
Die vom Departement erteilte Berufsausübungsbewilligung für Ärzte und Ärztinnen, Zahnärzte und Zahnärztinnen sowie Tierärzte und Tierärztinnen berechtigt zur Führung einer privaten Apotheke.
BGE 131 I 198 S. 200

§ 21. c) Wahlfreiheit
Die selbstdispensierenden Medizinalpersonen haben die Patienten und Patientinnen darauf hinzuweisen, dass die Medikamente von ihrer Privatapotheke, von einer öffentlichen Apotheke freier Wahl oder von einer Versandapotheke bezogen werden können. Mit Eingabe vom 22. Dezember 2003 erheben der Apothekerverein des Kantons Solothurn, A., B. und C. (diese drei als [Mit-]Inhaber und verantwortliche Leiter einer Apotheke im Kanton Solothurn) sowie D. (in seiner Eigenschaft als Kunde einer Apotheke im selbigen Kanton) beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, § 19 Abs. 1 sowie die §§ 20 und 21 EG HMG/SO seien aufzuheben.
Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Zu prüfen ist die Legitimation der Beschwerdeführer zur staatsrechtlichen Beschwerde.
2.1 Zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen einen kantonalen Erlass auf dem Wege der abstrakten Normenkontrolle ist legitimiert (Art. 88 OG), wer durch die angefochtenen Bestimmungen unmittelbar oder zumindest virtuell, d.h. mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit früher oder später einmal, in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen ist (BGE 130 I 26 E. 1.2.1 S. 29 f., BGE 130 I 82 E. 1.3 S. 85, je mit Hinweisen). Das Anrufen bloss tatsächlicher oder allgemeiner öffentlicher Interessen genügt zur Begründung der Legitimation nicht; auch zur Anfechtung von Erlassen ist ein drohender Eingriff in rechtlich geschützte eigene Interessen erforderlich (BGE 123 I 41 E. 5b S. 42 f.; BGE 122 I 44 E. 2b S. 45 f. mit weiteren Hinweisen). Im selben Rahmen kann auch ein als juristische Person konstituierter Verband die Interessen der Mehrheit oder einer Grosszahl seiner Mitglieder vertreten, soweit deren Wahrung zu seinen statutarischen Aufgaben gehört und die einzelnen Mitglieder ihrerseits beschwerdebefugt wären (sog. "egoistische Verbandsbeschwerde": BGE 130 I 26 E. 1.2.1 S. 30, BGE 130 I 82 E. 1.3 S. 85, 290 E. 1.3 S. 292, je mit Hinweisen).
2.2 Die Beschwerdeführer rügen, die angefochtenen Bestimmungen, welche für die Medikamentenabgabe die Ärzte den Apothekern voraussetzungslos gleichstellten, nähmen die von Art. 37 Abs. 3 Satz 2 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die
BGE 131 I 198 S. 201

Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) sowie Art. 26 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21) zwingend vorgeschriebene Differenzierung der Abgabeberechtigung zwischen Apothekern einerseits und Ärzten andererseits nicht vor und verletzten so den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. Es ergebe sich dadurch eine bundesrechtswidrige Begünstigung der Ärzte zulasten der

Apotheker.
2.3 Die Geltendmachung einer Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) als verfassungsmässiges Individualrecht setzt voraus, dass der Beschwerdeführer durch die als bundesrechtswidrig beanstandete Vorschrift in seiner eigenen Rechtsstellung bzw. in rechtlich geschützten eigenen Interessen betroffen wird (BGE 126 I 81 E. 5a S. 91 mit Hinweisen). Diese Voraussetzung gilt auch im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (vgl. BGE 122 I 44 E. 3b/ee S. 48). Die angefochtenen Bestimmungen des kantonalen Gesetzes über die Einführung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (§ 19 Abs. 1 sowie §§ 20 und 21 EG HMG/SO) betreffen die "privaten Apotheken" der Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte; sie beziehen sich - im Unterschied zu den §§ 16-18 EG HMG/SO - gerade nicht auf die Tätigkeit der Apotheker. Die Beschwerdeführer 1-4 sind insoweit durch die von ihnen beanstandeten Normen nicht in ihrer eigenen Rechtsstellung betroffen. Nichts anderes gilt beim Beschwerdeführer 5 als gelegentlichem Kunden einer Apotheke.
2.4 Die Beschwerdeführer erblicken in Art. 37 Abs. 3 KVG eine legitimationsbegründende bundesrechtliche Schutznorm zugunsten der Apotheker. Sodann erachten sie ihre Beschwerdelegitimation nach den Grundsätzen der sog. AVLOCA-Praxis des Bundesgerichts zur Anfechtung drittbegünstigender Erlasse als gegeben: Die von ihnen gerügte Privilegierung der selbstdispensierenden Ärzte führe, weil die angefochtenen kantonalen Bestimmungen gerade keinen Unterschied zwischen Ärzten und Apothekern machen würden, zwar nicht zu einer Rechtsungleichheit; sie sei jedoch deshalb verfassungswidrig, weil der Kanton Solothurn die vom Bundesgesetzgeber in Art. 37 Abs. 3 KVG sowie in Art. 26 Abs. 1 und Art. 30 HMG vorgeschriebene Beschränkung der Selbstdispensation missachte und unzulässigerweise die Ärzteschaft den
BGE 131 I 198 S. 202

Apothekern bezüglich Medikamentenabgabe gleichstelle. Beide Berufsgruppen befänden sich in diesem Bereich in einer vergleichbaren Lage. Der den Ärzten in den umstrittenen Normen gewährte unrechtmässige Vorteil wirke sich für die Apotheker als Nachteil aus. Zwischen der Drittprivilegierung und der eigenen Situation bestehe ein offensichtlicher Zusammenhang im Sinne der AVLOCA-Rechtsprechung.
2.5 Gemäss Art. 37 Abs. 3 KVG bestimmen die Kantone, unter welchen Voraussetzungen Ärzte mit einer kantonalen Bewilligung zur Führung einer Apotheke den zugelassenen Apothekern gleichgestellt sind; die Kantone berücksichtigen dabei insbesondere die Zugangsmöglichkeiten der Patienten zu einer Apotheke. Das Bundesgericht hat sich in einem Entscheid betreffend die vom kantonalen Apothekerverein und einzelnen Apothekern angefochtene Selbstdispensationsregelung des Kantons Schwyz (Urteil 2P.287/ 2002 vom 22. Dezember 2003) letztmals eingehender mit der Frage befasst, ob Art. 37 Abs. 3 KVG der Stellenwert einer legitimationsbegründenden Schutznorm für die Apotheker zukomme. Dabei ist es zum Schluss gekommen, dass diese in der parlamentarischen Beratung äusserst umstrittene, in ihrer geltenden Fassung aus der Einigungskonferenz der Räte hervorgegangene Bestimmung zu unbestimmt sei, um als Schutznorm im Sinne von Art. 88 OG angerufen werden zu können (E. 2.3 des zit. Urteils, unter Hinweis auf das Urteil 2P.195/1998 vom 15. Juni 1999, publ. in: ZBl 101/2000 S. 533 ff., E. 3d/bb). Es besteht kein Anlass, von dieser Einschätzung abzuweichen. Aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung ergibt sich, dass die Schaffung einer Rechtsetzungskompetenz zur Regelung der Selbstdispensation auf Stufe Bundes(verordnungs)recht, wie sie in der Botschaft zum Krankenversicherungsgesetz noch vorgeschlagen wurde (vgl. BBl 1992 I 165), im Parlament nicht mehrheitsfähig war. Die kantonale Zuständigkeit wurde daher beibehalten, wobei der zweite Satz von Art. 37 Abs. 3 KVG einen Kompromissvorschlag darstellte, dessen konkrete Tragweite im Ergebnis jedoch unklar blieb. In ihrer grundsätzlichen Stossrichtung bezweckt die Norm, eine den lokalen Gegebenheiten angepasste, optimale und zugleich für das obligatorische Krankenversicherungssystem wirtschaftlich tragbare Versorgung der Patienten mit Medikamenten sicherzustellen. Dabei wird die Funktion der öffentlichen Apotheken als wesentlicher Absatzkanal für Arzneimittel im Sinne einer Richtungsweisung an
BGE 131 I 198 S. 203

die Kantone hervorgehoben, doch lassen sich den (kontroversen) Materialien nicht genügend Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass damit bundesrechtlich ein eigentlicher strukturpolitischer Schutz der Apotheken hätte herbeigeführt werden sollen. Wie das Bundesgericht im zitierten Entscheid betreffend die Selbstdispensationsregelung des Kantons Schwyz festhielt, wird die Einschätzung, wonach Art. 37 Abs. 3 KVG für sich allein noch keine Schutznorm darstelle, insbesondere auch dadurch gestützt, dass das nach Erlass des Krankenversicherungsgesetzes ergangene eidgenössische Heilmittelgesetz, in welchem allfällige konkretere Vorgaben an den kantonalen Gesetzgeber für die Zulassung der Selbstdispensation primär festzulegen gewesen wären, die Regelung dieser Frage ohne Einschränkung den Kantonen überlässt (E. 2.3 des zit.

Urteils). Eine legitimationsbegründende Berufung auf Art. 37 Abs. 3 KVG ist den Beschwerdeführern 1-4 folglich verwehrt. Erst recht muss dies für den Beschwerdeführer 5 als gelegentlichen Kunden einer Apotheke gelten, welcher durch die angefochtenen Bestimmungen lediglich reflexartig berührt wird. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführer allenfalls nach Massgabe der von ihnen angerufenen AVLOCA-Rechtsprechung zur Ergreifung der staatsrechtlichen Beschwerde gegen die streitigen kantonalen Bestimmungen legitimiert sind.
2.6 Nach der als AVLOCA-Praxis bekannten Rechtsprechung des Bundesgerichts steht die Legitimation zur Anfechtung eines Erlasses wegen rechtsungleicher Begünstigung Dritter auch Bürgern zu, welche nicht Adressaten der beanstandeten Bestimmungen sind, sofern sie sich in einer vergleichbaren Lage befinden und der Dritten gewährte Vorteil sich für sie als Nachteil auswirkt, das heisst sofern zwischen der beanstandeten Drittprivilegierung und ihrer eigenen Situation ein relevanter Zusammenhang besteht (grundlegend: BGE 109 Ia 252 E. 4; ferner: BGE 124 I 145 E. 1c S. 149, BGE 124 I 159 E. 1c S. 162, je mit weiteren Hinweisen). Ist dies der Fall, so verzichtet die Praxis auf das Bestehen einer entsprechenden Schutznorm (Urteil 2P.195/1998 vom 15. Juni 1999, publ. in: ZBl 101/ 2000 S. 533, nicht abgedruckte E. 2a/bb). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer sind die genannten Legitimationsvoraussetzungen in der vorliegenden Konstellation nicht gegeben. Zum einen gebricht es am grundlegenden Erfordernis einer Drittbegünstigung, gestattet doch die beanstandete kantonale Regelung den solothurnischen Ärzten nichts, was den
BGE 131 I 198 S. 204

Apothekern verwehrt wäre. Wohl trifft es zu, dass das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV, anhand welchem die AVLOCA-Praxis entwickelt wurde, auch dadurch verletzt werden kann, dass Unterscheidungen unterlassen werden, welche aufgrund der zu regelnden Verhältnisse geboten wären. Verfassungsrechtlich drängt sich jedoch eine Differenzierung in dem Sinne, dass den Ärzten die Selbstdispensation - abgesehen von der eigentlichen Notfallversorgung bzw. zur Anwendung am Patienten während der ärztlichen Behandlung - untersagt bliebe, nicht auf. Eine derartige Pflicht könnte sich einzig aus dem einfachen Gesetzesrecht ergeben, sei es aus entsprechend ausgestalteten Bestimmungen des Bundesrechts - was mit Blick auf Art. 37 Abs. 3 KVG und die angerufenen Bestimmungen des eidgenössischen Heilmittelgesetzes nach der Rechtsprechung (oben E. 2.5) gerade nicht der Fall ist -, sei es aus Normen des kantonalen Rechts, wie sie etwa den Selbstdispensationsregelungen der Kantone Schaffhausen und Zürich zugrunde gelegt wurden (BGE 119 Ia 433 E. 2c S. 437 f. bzw. BGE 131 I 205 E. 2.3). Im Unterschied dazu lassen sich aus den (potentiell anspruchsbegründenden) Rechtsnormen des Kantons Solothurn - den vorliegend angefochtenen Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Heilmittelgesetz - keine derartigen Garantien zugunsten der Apotheken ableiten, ermöglicht doch die fragliche Regelung die Selbstdispensation durch Medizinalpersonen gerade ohne entsprechend gelagerte Vorbehalte bzw. unabhängig von einschlägigen Faktoren wie beispielsweise der Dichte des Apothekennetzes oder der Erreichbarkeit der Apotheken mit öffentlichen Verkehrsmitteln. Die Rechtslage im Kanton Solothurn ist demzufolge vergleichbar mit jener im Kanton Schwyz, wo derartige Bezüge - abgesehen von der hier wie dort statuierten Pflicht der selbstdispensierenden Medizinalpersonen zum Hinweis auf die alternative Bezugsmöglichkeit der Medikamente in öffentlichen Apotheken - ebenso wenig gegeben waren (vgl. Urteil 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003, E. 2.3). Abgesehen von einer fehlenden Drittbegünstigung besteht zum andern im Verhältnis zwischen Ärzten und Apothekern auch keine nach der AVLOCA-Rechtsprechung erforderliche vergleichbare Lage: Dass die selbstdispensierenden Ärzte durch den Medikamentenverkauf an ihre Patienten Leistungen erbringen, die zur Haupttätigkeit der Apotheker gehören, und insofern eine teilweise Überschneidung der Tätigkeitsbereiche vorliegt, ändert nichts. Anders
BGE 131 I 198 S. 205

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

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