



VB.2005.00381-450

Entscheid

der 3. Kammer

vom 17. November 2005

Mitwirkend: Abteilungspräsident Jürg Bosshart (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Bea Rottach Tomschin, Verwaltungsrichter Rudolf Bodmer, Gerichtssekretär Felix Helg.

In Sachen

1. Dr.med. Konrad **Aeppli**,
Minervastrasse 10, 8032 Zürich,
2. Dr.med. Hans **Baumann**,
Löwenstrasse 65, 8001 Zürich,
3. Dr.med. Alexander **Bernard**,
Stapferstrasse 61, 8006 Zürich,
4. Dr.med. Rudolf **Bezel**,
Wartstrasse 14, 8400 Winterthur,
5. Dr.med. Arnold **Billig**,
Oberer Deutweg 59, 8400 Winterthur,
6. Dr.med. Elisabeth **Blöchlinger**,
Winterthurerstrasse 689, 8051 Zürich,

7. Dr.med. Andreas **Brudermann**,
Rümikerstrasse 46, 8409 Winterthur,
8. Dr.med. Hansjörg **Bumbacher**,
Winterthurerstrasse 524, 8051 Zürich,
9. Dr.med. Hans-Ulrich **Bürke**,
Altstetterstrasse 150, 8048 Zürich,
10. Dr.med. Reto **Caduff**,
Badenerstrasse 362, 8004 Zürich,
11. Dr. Oskar **Denzler**,
Römerstrasse 30, 8400 Winterthur,
12. Dr.med. Thomas **Deseö**,
Dufourstrasse 143, 8008 Zürich,
13. Dr.med. Pierre **Dinner**,
Olgastrasse 6, 8001 Zürich,
14. PD Dr.med. Urs **Eiholzer**,
Möhrlistrasse 69, 8006 Zürich,
15. Dr.med. Emanuel **Erhardt**,
Hönggerstrasse 117, 8037 Zürich,
16. Dr.med. Thomas **Ermatinger**,
Sihlfeldstrasse 81, 8004 Zürich,
17. Dr.med. Ursula **Flüeler**,
Asylstrasse 81, 8032 Zürich,
18. Dr.med. Hanspeter **Fuhrer**,
Winterthurerstrasse 689, 8051 Zürich,
19. Dr.med. Urs **Gantenbein**,
Ackeretstrasse 16, 8400 Winterthur,
20. Dr.med. Harald **Gerny**,
Gemeindestrasse 39, 8032 Zürich,
21. Dr.med. Galleon **Graetz**,
Klosbachstrasse 116, 8032 Zürich,

22. Dr.med. **Jürg Graf**,
Forchstrasse 106, 8032 Zürich,
23. Dr.med. **Marianne Graf**,
Mühlebachstrasse 37, 8008 Zürich,
24. Dr.med. **Christian Graf**,
Mühlebachstrasse 37, 8008 Zürich,
25. Dr.med. **Maja Häusermann**,
Hofwiesenstrasse 3, 8057 Zürich,
26. Dr.med. **Philipp Herzog**,
Hofwiesenstrasse 3, 8057 Zürich,
27. Dr.med. **Urs Heusser**,
Stadthausstrasse 75, 8400 Winterthur,
28. Dr.med. **Felix Huber**,
Rotbuchstrasse 46, 8037 Zürich,
29. Dr.med. **Ursula Jehle Brühlmann**,
Schaffhauserstrasse 347, 8050 Zürich,
30. Dr.med. **Beat Kindler**,
Dufourstrasse 77, 8034 Zürich,
31. Dr.med. **Michael Knobloch**,
Wehntalerstrasse 441, 8046 Zürich,
32. Dr.med. **Alexander Landolt**,
Bleicherweg 52, 8002 Zürich,
33. Dr.med. **José Lang**,
Limmattalstrasse 200, 8049 Zürich,
34. Dr.med. **Mario Largo**,
Marktgasse 41, 8400 Winterthur,
35. Dr.med. **Stephan Locher**,
Winterthurerstrasse 633A, 8051 Zürich,
36. Dr.med. **Birgit Lübben**,
Schulstrasse 37, 8050 Zürich,

37. Dr.med. **Gabrielle Mekler**,
Neumünsterstrasse 30, 8008 Zürich,
38. Dr.med. **Alexander Meyer**,
Carmenstrasse 43, 8032 Zürich,
39. Dr.med. **Peter Meyer**,
Herdernstrasse 6, 8004 Zürich,
40. Dr.med. **Bruno S. Müller-Camenzind**,
Plattenstrasse 42, 8032 Zürich,
41. Dr.med. **Corinna Palla**,
Ackersteinstrasse 178, 8049 Zürich,
42. Dr.med. **Yves Patak**,
Kornhausstrasse 53, 8037 Zürich,
43. Dr.med. **Reto Pitsch**,
Rüdenplatz 2, 8001 Zürich,
44. Dr.med. **Peter Ramer**,
Franklinstrasse 1, 8050 Zürich,
45. Dr.med. **Daniel Reinhardt**,
General Wille-Strasse 11, 8002 Zürich,
46. Dr.med. **Rodolfo Roth**,
Seestrasse 561, 8038 Zürich,
47. Dr.med. **René Rüdlinger**,
Rämistrasse 37, 8001 Zürich,
48. Dr.med. **Georg Sandel**,
Hofwiesenstrasse 97, 8057 Zürich,
49. Dr.med. **Adrian Schüepp**,
Hofwiesenstrasse 97, 8057 Zürich,
50. Dr.med. **Urs Schneider-Möhr**,
Langstrasse 21, 8004 Zürich,
51. Dr.med. **Markus Senn**,
Schulstrasse 37, 8050 Zürich,

52. Dr.med. Michael **Singer**,
Schulhausstrasse 5, 8002 Zürich,
53. Dr.med. Thomas **Spühler**,
Dreispietz 19, 8050 Zürich,
54. Dr.med. Alfred **Stachelin**,
Bankstrasse 20, 8400 Winterthur,
55. Dr.med. Gabriela **Stachelin-Wey**,
Bankstrasse 20, 8400 Winterthur,
56. Dr.med. Daniel **Steiner**,
Schulstrasse 37/Franklinplatz, 8050 Zürich,
57. Dr.med. Kurt-Aurel **Stoessel**,
Forchstrasse 34, 8008 Zürich,
58. Dr.med. Rolf **Sturzenegger**,
Schulstrasse 37, 8050 Zürich,
59. Dr.med. Yoji Roland **Sulzer**,
Winterthurerstrasse 549, 8051 Zürich,
60. Dr.med. Peter **Sutter**,
Borrweg 65, 8055 Zürich,
61. Dr.med. Verena **Sutter**,
Rotbuchstrasse 46, 8037 Zürich,
62. Dr.med. Pierre **Tamborini**,
Beckkammer 43, 8057 Zürich,
63. Dr.med. Paul **Tobler**,
Alfred Escherstrasse 22, 8002 Zürich,
64. Dr.med. Werner **Trachsel**,
Birmensdorferstrasse 51, 8004 Zürich,
65. Dr.med. Otakar **Vasak**,
Trottenstrasse 3, 8037 Zürich,
66. Dr.med. Pierre **Villars**,
Dufourstrasse 143, 8008 Zürich,

67. Dr.med. Thomas **Würsch**,
Bahnhofstrasse 14, 8001 Zürich,

68. Dr.med. Frank **Wyler-Brem**,
Altstetterstrasse 159, 8048 Zürich,

69. Dr.med. Ingrid **Wyler-Brem**,
Altstetterstrasse 159, 8048 Zürich,

70. Dr.med. Peter **Zelenay**,
St. Georgenstrasse 6, 8400 Winterthur,

alle vertreten durch PD Dr.iur. Urs Saxer
und/oder lic.iur. Christian Juchler, Rechtsan-
wälte, Grossmünsterplatz 8, Postfach, 8024
Zürich,

Beschwerdeführende,

gegen

Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich,
Obstgartenstrasse 21, 8090 Zürich,

Beschwerdegegnerin,

betreffend Heilmittelabgabe,

hat sich ergeben:

I.

A. Das zürcherische Gesetz über das Gesundheitswesen vom 4. November 1962 (Gesundheitsgesetz; GesundheitsG, LS 810.1) gewährt in § 17 den Ärzten ausserhalb der Städte Zürich und Winterthur das Recht, mit Bewilligung der Gesundheitsdirektion eine Privatapotheke zu führen. Im Zusammenhang mit dem Gesuch eines HMO-Zentrums in Zürich um Erteilung der Bewilligung zur Medikamentenabgabe stellte das Verwaltungsgericht am 26. Februar 1998 (VB.1997.00526 = RB 1998 Nr. 80 = ZBl 99/1998, S. 568) fest, dass das in dieser Bestimmung statuierte Verbot der Selbstdispensation für Ärzte mit Praxen in Zürich und Winterthur zwar mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar sei, aber gegen

die Rechtsgleichheit verstosse. Es wies die Gesundheitsdirektion an, der Beschwerdeführerin die Bewilligung ohne Bestandesschutz bis zum Inkrafttreten einer neuen gesetzlichen Regelung betreffend Selbstdispensation zu erteilen.

Der Inhaber einer in der Nähe des erwähnten HMO-Zentrums gelegenen Apotheke und der Apothekerverein des Kantons Zürich erhoben gegen dieses Urteil des Verwaltungsgerichts staatsrechtliche Beschwerde, auf welche das Bundesgericht mit Urteil vom 15. Juni 1999, von gewissen als unbegründet gewürdigten Verfahrensrügen abgesehen, mangels Legitimation nicht eintrat (ZBI 101/2000, S. 533).

B. Bis zum Sommer 1998 bewilligte die Gesundheitsdirektion 87 Gesuche für die Medikamentenabgabe durch Ärzte in Zürich und Winterthur, so unter anderem auch den heutigen 70 beschwerdeführenden Ärztinnen und Ärzte. Die Disp. Ziff. 2 - 4 dieser Verfügungen lauten wie folgt:

"2. Diese Bewilligung wird unter Vorbehalt von Ziffer 3 und 4 ausgestellt und gilt längstens bis 31. Dezember 2007.

3. Die Bewilligung gewährt keinen Bestandesschutz und ist wie folgt befristet:

a) ... Die Bewilligungserteilung erfolgt trotz dieses Verbots (von § 17 GesundheitsG) gestützt auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 1998, mit dem das Verbot im Ergebnis deshalb bis auf weiteres suspendiert wird, weil ... Das Urteil kann aber, sofern es mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten wird, vom Bundesgericht wieder aufgehoben werden. Entsprechend ist die Bewilligung per se befristet bis zu einem allfälligen Widerruf durch das Bundesgericht.

b) Eine weitere Befristung ergibt sich unmittelbar aus dem Verwaltungsgerichtsurteil selbst. In der laufenden Totalrevision des Gesundheitsgesetzes wird die Selbstdispensation neu geregelt. Entsprechend ist die Bewilligung befristet bis zum Inkrafttreten neuer einschränkender gesetzlicher Bestimmungen über die Regelung der Selbstdispensation im Gesundheitsgesetz.

4. Ab dem Datum der Mitteilung einer allfälligen Aufhebung des Verwaltungsgerichtsurteils durch das Bundesgericht bzw. ab dem Datum des publizierten Inkrafttretens einer Neuregelung der Selbstdispensation durch das Gesundheitsgesetz – sofern nach dem neuen Recht kein Anspruch auf Bewilligung besteht – wird für die Medikamentenlagerbestände eine Liquidationsfrist von acht Wochen gewährt."

C. Seit September 1998 sistierte die Gesundheitsdirektion die noch hängigen, zu hunderten eingegangenen Gesuche, dies zunächst bis zum Vorliegen des bundesgerichtlichen Entscheids vom 15. Juni 1999 bzw. von dessen Begründung, hernach bis zu einem Volksentscheid über die Neuregelung der Selbstdispensation. Die dagegen beim Verwaltungsgericht erhobenen Beschwerden blieben erfolglos (VGr, 16. Dezember 1999, VB.1999.00324-326 = RB 1999 Nr. 80).

D. 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 sich innerhalb eines Umkreises von 500 m zur Praxis keine Apotheke befindet und der Arzt sich an den allgemeinen medizinischen Notfalldiensten der Standesorganisation beteiligt. Diese Vorlage wurde von den Stimmberechtigten am 23. September 2001 mit 54 % Neinstimmen verworfen. Die Gesundheitsdirektion hielt trotz dieses Ergebnisses die Sistierung der Gesuche um Selbstdispensation für Ärzte in Zürich und Winterthur aufrecht. Dagegen erhobene Beschwerden an das Verwaltungsgericht und das Bundesgericht blieben erfolglos (VGr, 21. März 2002, VB.2002.00040 = RB 2002 Nr. 59; VGr, 22. August 2002, VB.2002.00093, www.vgrzh.ch, Letzteres bestätigt durch Urteil 2P.225/2002 des Bundesgerichts vom 26. Mai 2003, www.bger.ch).

Eine zweite, vom Regierungsrat ausgearbeitete Gesetzesvorlage sah vor, dass Ärzte in Gemeinden ohne mindestens eine Apotheke mit durchgehender Öffnungszeit die Abgabeberechtigung erlangen können. Seitens der Ärzte wurde gegen diese vom Kantonsrat verabschiedete Vorlage das Referendum ergriffen. In der Volksabstimmung vom 30. November 2003 wurde auch diese Neuregelung mit einer Mehrheit von 59 % abgelehnt.

E. Im Hinblick auf die beiden gescheiterten Gesetzesvorlagen beschloss der Regierungsrat am 10. März 2004 eine Änderung von § 51 der kantonalen Verordnung über den Verkehr

mit Heilmitteln (HeilmittelV, LS 812.1), wonach Ärzte nunmehr im ganzen Kantonsgebiet, d.h. auch in den Städten Zürich und Winterthur, mit Bewilligung der Gesundheitsdirektion eine Privatapotheke führen können (OS 59, 96). Die Inkraftsetzung dieser Regelung war auf den 1. Juli 2004 vorgesehen.

Gegen diesen Beschluss des Regierungsrats führten der Apothekerverband des Kantons Zürich sowie drei Inhaber von in Zürich, Winterthur und Fehraltorf gelegenen Apotheken staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, die Verordnungsänderung aufzuheben. Das Bundesgericht hiess das Rechtsmittel mit Urteil 2P.131/2004 vom 9. März 2005 (BGE 131 I 205) wegen Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung gut und hob den regierungsrätlichen Beschluss betreffend Änderung von § 51 HeilmittelV auf. Es erwog, dass für die streitige Verordnungsänderung kein Raum bestehe, da § 17 GesundheitsG, obwohl mit nicht unbedenklichen Mängeln behaftet, weiterhin Geltung beanspruchen dürfe, solange der zuständige kantonale Gesetzgeber keine neue Ordnung beschlossen habe.

II.

Anfangs Juli 2005 entzog die Gesundheitsdirektion allen Ärztinnen und Ärzten in den Städten Zürich und Winterthur, welche eine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke erhalten hatten, diese Bewilligung und gewährte eine Frist von acht Wochen ab Zustellung der Verfügung, um die Medikamentenlagerbestände zu liquidieren. Die Verfügung wurde auch 31 Apothekerinnen und Apothekern gegenüber eröffnet, die am 24. Dezember 2004 darum ersucht hatten, als Parteien oder jedenfalls als Beigeladene in sämtliche Verfahren betreffend Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke von Ärztinnen und Ärzten aus den Städten Zürich und Winterthur einbezogen zu werden.

III.

Gegen diese Verfügungen erhoben Dr. med. Konrad Aepli sowie 69 weitere in Zürich und Winterthur praktizierende Ärztinnen und Ärzte mit gemeinsamer Eingabe vom 19. September 2005 Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragten, die Verfügungen seien unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin aufzuheben. In prozessualer Hinsicht verlangten sie, den 31 Apothekern seien die Partei-

rechte abzusprechen und auf ein allfälliges Beiladungsgesuch sei nicht einzutreten, eventuell sei es abzuweisen.

Mit einer separaten Eingabe erhoben gleichzeitig auch zwei weitere Zürcher Ärzte Beschwerde gegen den Widerruf (VB.2005.00374/375). Diese Ärzte hatten vorgängig schon eine Beschwerde gegen ein Schreiben der Gesundheitsdirektion vom 19. April 2005 erhoben, worin sie auf den Beginn der Liquidationsfrist hingewiesen worden waren. Das Verwaltungsgericht hat dieses Beschwerdeverfahren am 13. Juli 2005 als gegenstandslos abgeschlossen, im Hinblick auf die weitere Verfahrensabwicklung jedoch gewisse Erwägungen zur Sache angestellt (VB.2005.00229, www.vgrzh.ch; VB.2005.00230).

Mit Verfügung vom 21. September 2005 vereinigte der Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts die 70 Beschwerdeverfahren und eröffnete das Vernehmlassungsverfahren ohne einen Einbezug der Apothekerinnen und Apotheker.

Mit Beschwerdeantwort vom 17. Oktober 2005 beantragte die Gesundheitsdirektion die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführenden. Da es keinen Sinn habe, die Akten aller Beschwerdeführenden einzureichen, liess die Beschwerdegegnerin dem Verwaltungsgericht als Muster lediglich die Dr. med. Hans Baumann betreffenden Akten zukommen.

Die Kammer zieht in Erwägung:

1.

Die strittigen Verfügungen widerrufen die Bewilligungen zur Führung einer ärztlichen Privatapotheke und können daher gemäss § 19a Abs. 2 Ziff. 1 VRG direkt mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden.

2.

2.1 Die den Beschwerdeführenden erteilten Bewilligungen waren absolut bis Ende 2007 befristet und zudem eingeschränkt durch die speziellen Bedingungen gemäss den Ziff. 3a

und b der Bewilligungen. Die Gesundheitsdirektion erachtete in den angefochtenen Verfügungen sowohl die eine wie die andere Voraussetzung für den Bewilligungsablauf als erfüllt.

2.2 Im Verfahren VB.2005.00229/230 hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass die Bedingung der Befristung gemäss Ziff. 3a der Bewilligungsverfügungen formell nicht eingetreten sei, da das Bundesgericht am 9. März 2005 nicht das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 1998, sondern die angefochtene Änderung von § 51 HeilmittelV aufgehoben habe. Aus diesem Grunde seien die bis Sommer 1998 erteilten Bewilligungen nicht automatisch erloschen, sondern müssten mit eigentlichen Sachverfügungen widerrufen werden (VB.2005.00229 E. 3.1, www.vgrzh.ch). Diese Erwägungen sind auch im vorliegenden Verfahren massgebend. Die Gesundheitsdirektion hat sich in ihrer Vernehmlassung denn auch nicht länger auf eine Verwirklichung des Vorbehalts gemäss Ziff. 3a der Bewilligungen berufen.

Mit Bezug auf Ziff. 3b der Bewilligungen ist ebenfalls festzuhalten, dass diese Bedingung formell nicht eingetreten ist. Entgegen dem klaren Wortlaut des Vorbehalts sind mit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 9. März 2005 keine neuen Bestimmungen über die Regelung der Selbstdispensation im Gesundheitsgesetz in Kraft getreten, sondern deren Neuregelung wurde durch die Aufhebung von § 51 HeilmittelV gerade verhindert. § 17 GesundheitsG blieb während der vergangenen Jahre unverändert in Kraft, dies unabhängig davon, dass das Verwaltungsgericht der Bestimmung mit seinem Entscheid vom 26. Februar 1998 die Anwendung wegen Verletzung der Rechtsgleichheit versagte.

2.3 Ob und inwieweit der Ingress in Ziff. 3 der Bewilligungen, wonach diese keinen Bestandesschutz gewähre, eine eigenständige Beschränkung beinhaltet, ist fraglich. Nach dem reinen Wortlaut kann der Passus sowohl als blosse Erläuterung der nachfolgend in den Ziffn. 3a und b erfolgten speziellen Befristungen als auch im Sinne einer kumulativen Einschränkung verstanden werden. Die Frage kann jedoch offen bleiben, da Verwaltungsakte, die dem Gesetz nicht oder nicht mehr entsprechen, grundsätzlich widerrufen werden können. Ob die von Lehre und Rechtsprechung dazu entwickelten Voraussetzungen im vorliegenden Fall gegeben sind, ist nachfolgend zu überprüfen.

3.

3.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine materiell unrichtige Verfügung unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen werden. Hierzu sind das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts und dasjenige an der Wahrung der Rechtssicherheit und am Vertrauensschutz gegeneinander abzuwägen. In der Regel geht das Postulat der Rechtssicherheit dem Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts vor und ist ein Widerruf nicht zulässig, wenn durch die Verfügungsverfügung ein subjektives Recht begründet worden oder die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, oder wenn der Private von einer ihm durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat. Diese Regel gilt allerdings nicht absolut; auch in diesen drei Fällen kann ein Widerruf in Frage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist (vgl. zum Ganzen BGE 121 II 273 E. 1a/aa; 119 Ia 305 E. 4c mit Hinweisen).

Die verschiedenen der Beseitigung der *formellen* Rechtskraft dienenden Rechtsinstitute werden in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre nicht einheitlich abgegrenzt; schon die Terminologie ist nicht einheitlich. Soweit es um die materielle Unrichtigkeit der zu widerrufenden Verfügung – als einer „Vorbedingung für das Zurückkommen“ (vgl. Fritz Gygi, Zur Rechtsbeständigkeit von Verfügungsverfügungen, ZBl 83/1982, S. 149 ff.) – geht, unterscheidet die zürcherische Verwaltungsrechtsprechung zwischen der Rücknahme, mit welcher eine ursprünglich fehlerhafte Verfügung zurückgenommen, und der Anpassung, mit welcher eine nachträglich fehlerhaft gewordene Anordnung der neuen Rechts- und/oder Sachlage angepasst werden soll (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 86a-86d N. 7 ff., auch zum Folgenden). Während eine Rücknahme grundsätzlich sowohl bei „Einmalverfügungen“ (mit abgeschlossenem Sachverhalt und einmaliger, unabänderbarer Rechtsfolge) wie auch bei Dauerverfügungen (mit wandelbarem Sachverhalt und in die Zukunft wirkender Rechtsfolge) in Betracht fällt, ist eine Anpassung von vornherein nur bei Dauerverfügungen möglich.

Eng mit der Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Fehlerhaftigkeit hängt auch die Frage zusammen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Praxisänderung das Zurückkommen auf die Verfügung zu rechtfertigen vermag. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts bildet eine Praxisänderung in der Regel keinen hinreichenden Ansatzpunkt, um eine formell rechtskräftige Verfügung in Frage zu stellen und im Rahmen einer Interessenabwägung näher zu prüfen, ob darauf zurückzukommen sei. Nur ausnahmsweise kann die Praxisänderung die Anpassung einer Verfügung über ein Dauerrechtsverhältnis rechtfertigen, insbesondere dann, wenn die neue Praxis in einem solchen Masse allgemeine Verbreitung gefunden hat, dass deren Nichtbefolgung als Verstoss gegen das Gleichheitsgebot erscheint oder wenn besonders wichtige öffentliche Interessen, wie Polizeigüter, auf dem Spiel stehen (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 999 mit Hinweisen; BGE 127 II 306 E. 7a). Wenn Praxisänderungen grundsätzlich ein Rückkommen nicht rechtfertigen und Abweichungen von diesem Grundsatz nur in engem Rahmen zulässig sind, so liegt dem die Vorstellung zugrunde, dass die Praxisänderung die betreffende Verfügung weder als ursprünglich noch als nachträglich fehlerhaft erscheinen lässt: Ersteres deswegen nicht, weil es bei der Frage nach einer ursprünglichen Fehlerhaftigkeit grundsätzlich auf die damalige Rechtsauffassung ankommt; Letzteres deswegen nicht, weil die Praxisänderung nicht einer eigentlichen, formellen Rechtsänderung gleichgestellt werden kann.

3.2 Die Beschwerdeführenden sind der Meinung, dem Widerruf ihrer Bewilligungen stehe vorab die *materielle* Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils vom 26. Februar 1998 entgegen. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Das fragliche Urteil erwuchs nur der damaligen Beschwerdeführerin gegenüber in materielle Rechtskraft und vermochte die Bewilligungsbehörde daher nur in dem von dieser Beschwerdeführerin eingeleiteten Bewilligungsverfahren an die Weisungen des Gerichts zwingend zu binden. Im Übrigen steht die materielle Rechtskraft einer (Dauer-)Verfügung einem Widerruf im Sinn einer Anpassung jedenfalls dann nicht von vornherein entgegen, wenn es darum geht, einer veränderten Sach- und/oder Rechtslage Rechnung zu tragen (Häfelin/Müller, Rz. 1025; Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 86a-86d N. 13; BGE 97 I 748 E. 4b).

3.3 Näher zu prüfen ist die Frage, ob und inwiefern sich die den Beschwerdeführenden gestützt auf das verwaltungsgerichtliche Urteil vom 26. Februar 1998 erteilten Selbstdispensationsbewilligungen (bei denen es sich unbestrittenermassen um Dauerverfügungen handelt) im Lichte des bundesgerichtlichen Urteils vom 9. März 2005 (BGE 131 I 205) als materiell unrichtig erweisen.

Mit dem verwaltungsgerichtlichen Urteil vom 26. Februar 1998 ist § 17 GesundheitsG nicht aufgehoben, sondern im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle wegen Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes für verfassungswidrig erklärt worden. Damit wurde ein neuer, „faktischer Rechtszustand“ geschaffen, welcher die Gesundheitsdirektion veranlasst hat, die Bewilligungen zu erteilen. Mit seinem Urteil vom 9. März 2005 hat das Bundesgericht zwar den verwaltungsgerichtlichen Entscheid vom 26. Februar 1998 ebenfalls nicht aufgehoben. Es hat sich aber in diesem Entscheid mit den damaligen materiellen Erwägungen und Feststellungen des Verwaltungsgerichts auseinandergesetzt. Dabei hat es geprüft, ob die in § 17 GesundheitsG vorgenommene Unterscheidung zwischen Ärzten in den Städten Zürich und Winterthur einerseits und jenen im übrigen Kantonsgebiet andererseits tatsächlich gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstosse und daher nicht zur Anwendung gelangen dürfe (E. 3.1). Es hat diese Frage alsdann trotz gewisser Bedenken im Ergebnis verneint und ist zum Schluss gelangt, dass § 17 GesundheitsG weiterhin Geltung beanspruchen dürfe (E. 3.2). Diese Erwägungen erfolgten keineswegs, wie die Beschwerdeführenden meinen, im Sinne eines nicht entscheidewesentlichen obiter dictum. Sie wurden vielmehr vorfrageweise angestellt, um zu beurteilen, ob für eine Kodifikation des „faktischen Rechtszustandes“, wie er durch das Verwaltungsgerichtsurteil vom 26. Februar 1998 geschaffen worden war, in Form einer Verordnungsänderung überhaupt Raum bestand.

Das Urteil des Bundesgerichts bedeutet daher nicht nur, dass an der damaligen Beurteilung des Verwaltungsgerichts nicht festgehalten werden kann, es schafft darüber hinaus, wie das Verwaltungsgericht bereits im Entscheid VB.2005.00229/230 vom 13. Juli 2005 im Rahmen eines obiter dictum erwähnt hat, einen gewichtigen Ansatzpunkt, um die Bewilligungen zu widerrufen (E. 3.3.1). Dass die zu widerrufenden Bewilligungen aufgrund der durch

das Bundesgerichtsurteil eingetretenen Rechtslage weder eindeutig als „ursprünglich“ noch eindeutig als „nachträglich“ fehlerhaft bezeichnet werden können, vermag hieran nichts zu ändern. Wenn sich die angefochtenen Widerrufsverfügungen nicht eindeutig einer dieser Kategorien zuordnen lassen, hängt dies, wie dargelegt, mit den Besonderheiten der akzessorischen Normenkontrolle zusammen. Mit seiner Beurteilung hat das Bundesgericht dem durch das verwaltungsgerichtliche Urteil vom 26. Februar 1998 bewirkten „faktischen Rechtszustand“ (der im Rahmen der damaligen akzessorischen Normenkontrolle bewirkten Nichtanwendung der Ausschlussklausel, die 17 GesundheitsG bezüglich Selbstdispensationsbewilligungen für Ärzte in den Städten Zürich und Winterthur vorsieht) die Grundlage entzogen. Damit hat das Bundesgericht einen tragenden Pfeiler, der die Bewilligungserteilungen im Jahr 1998 motivierte, umgestossen, und es besteht heute eine wesentlich andere Ausgangslage als im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung. Die Veränderung entspricht inhaltlich durchaus dem Sinn und Zweck der in den damaligen Verfügungen angebrachten Vorbehalte, wonach die Bewilligungen nur dann Bestand haben sollten, wenn sich die Verfassungswidrigkeit von § 17 GesundheitsG bestätigen sollte und solange stattdessen nicht eine andere das Selbstdispensationsrecht einschränkende Regelung greife. Allerdings wurde im Bewilligungszeitpunkt nicht vorausgesehen, dass das Bundesgericht die verwaltungsgerichtliche Rechtsauffassung nicht nur im Rahmen einer unmittelbar gegen den Entscheid vom 26. Februar 1998 gerichteten staatsrechtlichen Beschwerde, sondern anlässlich einer späteren Beschwerde gegen eine Ersatzregelung überprüfen könne und dabei diese (in konkreter Normenkontrolle vorgenommene) Überprüfung mit einer abstrakten Normenkontrolle von § 17 GesundheitsG verknüpfen werde.

3.4 Aus dem nämlichen Grund lässt sich das bundesgerichtliche Urteil vom 9. März 2005 entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden nicht einer Praxisänderung gleichstellen, welche das Zurückkommen auf eine Verfügung nur ausnahmsweise zu rechtfertigen vermag. Im dargelegten Sinn kommt dem bundesgerichtlichen Urteil ein *höherer* Stellenwert als einer blossen Praxisänderung zu. Die Gleichstellung mit einer blossen Praxisänderung erscheint zudem aus einem weiteren Grund nicht gerechtfertigt:

Die Bewilligungen wurden den Beschwerdeführenden nicht vorbehaltlos erteilt. So zielte insbesondere Ziff. 3a der Bewilligung inhaltlich gerade darauf ab, eine andere Rechtsauffassung des Bundesgerichtes vorzubehalten. Damit wurde einer Unsicherheit Ausdruck verliehen, die sich auf die den Bewilligungen zugrunde liegende Praxis bezog. In der Folge änderte die Gesundheitsdirektion ihre Praxis betreffend Selbstdispensationsbewilligungen bereits im Herbst 1998, als die grosse Anzahl der Bewilligungsgesuche und die Schwierigkeiten der Neuregelungen befürchten liessen, dass die Verhältnisse bis zum Inkrafttreten neuer Vorschriften unumkehrbar präjudiziert würden. Im Zusammenhang mit der Sistierung eines Gesuches um Selbstdispensation hat das Bundesgericht damals darauf hingewiesen, dass das Verwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 26. Februar 1998 aus der festgestellten Verfassungswidrigkeit von § 17 GesundheitsG nicht zwangsläufig hätte den Schluss ziehen müssen, dass bis zu einer gesetzlichen Neuregelung alle Bewilligungen in Zürich und Winterthur zu erteilen seien. Es hätte die damalige Beschwerde der HMO-Praxis auch zurzeit abweisen dürfen und den Gesetzgeber lediglich auf die bestehende Rechtsungleichheit aufmerksam machen können. Diesen Weg habe das Verwaltungsgericht nun letztlich im Zuge der „Praxisänderung“ eingeschlagen (BGr, 26. Mai 2003, 2P.225/2002, E. 4.5, www.bger.ch). – Einer Praxisänderung gleichgestellt hat das Bundesgericht damit bereits die von der Gesundheitsdirektion ab Herbst 1998 verfügten Sistierungen der rund 400 weiteren Bewilligungsgesuche bzw. die verwaltungsgerichtlichen Entscheide vom 16. Dezember 1999, 21. März 2002 und 22. August 2002, mit welchen diese Sistierungsverfügungen geschützt worden waren. Diese Gesuche sind nun infolge des Bundesgerichtsentscheides vom 9. März 2005 definitiv abgewiesen worden. Mit diesen rechtskräftigen Verweigerungen hat sich demnach die neue „Praxis“ in einem Mass etabliert und verfestigt, dass eine Überprüfung der bereits erteilten Bewilligungen gerechtfertigt erscheint.

3.5 Wie erwähnt (E. 3.1) ist nach der Rechtsprechung bei bestimmten Fallgruppen das Zurückkommen auf formell rechtskräftige Verfügungen nur unter besonders strengen Voraussetzungen, nämlich nur dann zulässig, wenn besonders gewichtige Interessen die Durchsetzung des objektiven Rechtes (hier die ungeschmälerte Durchsetzung von § 17 GesundheitsG) gebieten. Eine solche Konstellation liegt hier nicht vor: Mit den im Som-

mer 1998 erteilten Bewilligungen wurde den Beschwerdeführenden klarerweise kein subjektives Recht (im Sinn eines wohlerworbenen Anspruchs) eingeräumt. Sodann trifft auch die zweite Konstellation (Erteilung der Bewilligung im Rahmen eines Verfahrens, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig geprüft und gegeneinander abgewogen worden sind) im vorliegenden Fall nicht voll zu. Zwar ist mit diesem Kriterium richtigerweise nicht an die Bewilligungsverfahren, sondern an das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 1998 anzuknüpfen, welches die Erteilung der Bewilligungen ausgelöst hat, und dieses Urteil beruht zweifellos auf einer sorgfältigen Interessenabwägung. Indessen bezog sich die Beurteilung, soweit sie unter dem Gesichtswinkel des letztlich ausschlaggebenden Gebots der Rechtsgleichheit vorgenommen wurde, ausschliesslich auf die Frage, ob die Regelung von § 17 GesundheitsG die Ärzte in den Städten Zürich und Winterthur gegenüber jenen in den übrigen 169 Gemeinden rechtsungleich behandle, was das Verwaltungsgericht bejahte und nunmehr vom Bundesgericht verneint wurde. Aufgrund des nunmehr vorliegenden Bundesgerichtsurteils stellt sich aber die Frage nach der Durchsetzung von § 17 GesundheitsG in einem weiteren Rahmen. Was schliesslich die dritte Konstellation anbelangt (welche dem Umstand Rechnung tragen will, dass von einer durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht worden ist), liegt hier ein solcher Sachverhalt auf den ersten Blick vor. Indessen ist zu beachten, dass dieses Kriterium seinem Sinn und Zweck nach auf Fälle ausgerichtet ist, in welchem mit der Aufnahme und Ausübung der bewilligten Tätigkeit erhebliche Investitionen verbunden waren. Das trifft hier nicht zu (vgl. dazu E. 3.7).

3.6 Dass grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Durchsetzung von § 17 GesundheitsG bzw. des darin statuierten Verbotes der Medikamentenabgabe für Ärzte in den Städten Zürich und Winterthur besteht, kann nicht bezweifelt werden. Das Bundesgericht hat bereits mehrfach festgestellt, dass Beschränkungen der Selbstdispensation in Ortschaften mit einer ausreichenden Medikamentenversorgung durch Apotheken im öffentlichen Interesse stehen (BGE 118 Ia 175 E. 3; 111 Ia 184 E. 4).

Bei der Gewichtung des öffentlichen Interesses an der Durchsetzung dieses Verbotes gegenüber den Beschwerdeführenden ist allerdings zu bedenken, dass die ihnen erteilten Be-

willigungen per Ende 2007 ohnehin auslaufen würden. Gravierender erscheint jedoch die nunmehr verfestigte rechtsungleiche Behandlung gegenüber den anderen Ärztinnen und Ärzten in Zürich und Winterthur, welche definitiv keine Bewilligung erhalten. Zwar hat das Verwaltungsgericht – im Zusammenhang mit der Sistierung der weiteren Bewilligungsgesuche – dem Aspekt der Rechtsgleichheit zwischen denjenigen Ärzten, die ihre Bewilligung noch bis im Sommer 1998 erhalten hatten, und denjenigen, die ihr Gesuch erst später stellten, keine ausschlaggebende Bedeutung zugemessen (vgl. RB 2002 Nr. 59). In ähnlicher Weise hat das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 9. März 2005 – wenn auch im Zusammenhang mit der räumlichen Abgrenzung in § 17 GesundheitsG – erwogen, die unterschiedliche Behandlung der Gewerbebesitzer (den Ärzten in den Städten Zürich und Winterthur einerseits sowie jenen in allen andern Gemeinden andererseits) falle nicht schwer ins Gewicht, da sie nicht den Kernbereich der ärztlichen Tätigkeit, sondern nur einen potenziellen Nebenbereich betreffe (E. 3.2). Aber immerhin bringt die direkte Medikamentenabgabe den Bewilligungsinhabern einen sehr beachtlichen Umsatz- und Einkommensanteil und verschafft ihnen schon seit über sieben Jahren einen massgeblichen und sich nunmehr als ungerechtfertigt erweisenden Wettbewerbsvorteil. Der Beseitigung dieser Rechtsungleichheit (zwischen denjenigen Ärzten, die ihre Bewilligung noch bis im Sommer 1998 erhalten hatten und denjenigen, die ihr Gesuch erst später stellten) ist daher im Rahmen der Interessenabwägung ein erhebliches Gewicht beizumessen.

3.7 Dieses öffentliche Interesse ist abzuwägen gegenüber den spezifischen Interessen der Beschwerdeführenden am Fortbestand der erteilten Bewilligungen. Dazu machen sie geltend, der Widerruf ausserhalb der speziellen Widerrufsgründe gemäss der Bewilligung würde sie, nachdem sie sieben Jahre lang hätten Medikamente abgeben dürfen, relativ stark treffen, dies auch mit Bezug auf Praxiseinrichtungen, welche den Anforderungen der Heilmittelverordnung genügen müssten. Betroffen wären ferner auch ihre Patientinnen und Patienten, zu denen oft ein langjähriges Vertrauensverhältnis bestehe.

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes soll einen Verfügungsadressaten insbesondere davor schützen, dass er im Vertrauen auf eine ihn begünstigende Verfügung erhebliche Investitionen tätigt, welche sich bei Rücknahme der Verfügung als unnützlich erweisen oder die

nicht ohne Nachteil wieder rückgängig gemacht werden können. Die den Beschwerdeführenden erteilten Bewilligungen mögen zwar in den einzelnen Praxen zu speziellen Einrichtungen, zur Instruktion des Personals und auch zur Installation einer wirksamen Medikamentenkontrolle geführt haben. Jedoch waren die Beschwerdeführenden offenbar schon im Sommer 1998 bereit, diese Investitionen zu tätigen. Damals war aber noch gar nicht absehbar, ob das Bundesgericht auf die staatsrechtliche Beschwerde des Apothekerverbandes eintreten und diese allenfalls gutheissen werde oder wie im anderen Fall eine neue gesetzliche Regelung aussehen würde. Der in Aussicht stehende Ertrag aus dem Medikamentenverkauf veranlasste die Beschwerdeführenden demnach zu den notwendigen Investitionen auch ohne die Gewissheit, dass diese über die kommenden rund neun Jahre abgeschrieben werden können.

Mittlerweile konnten die Beschwerdeführenden seit über sieben Jahren von ihren Bewilligungen Gebrauch machen und ihre getätigten einmaligen Investitionen damit wohl amortisieren. Jedenfalls machen sie nicht geltend, dass sie noch wesentlich zusätzlich investierten, nachdem einigermassen feststand, dass formell weder der Vorbehalt gemäss Ziff. 3a noch derjenige gemäss Ziff. 3b ihrer Bewilligungen greifen werde. Weiter kann angenommen werden, dass sich auch der vorhandene Bestand an Medikamenten innert der Liquidationsfrist durchaus ohne wesentliche Einbusse verkaufen lässt. In der Beschwerdeschrift machen die Beschwerdeführenden in dieser Hinsicht auch nicht etwa geltend, diese Frist lasse sich nicht sinnvoll nutzen.

Die Patienteninteressen spielen im Rahmen des Vertrauensschutzes keine Rolle, da die Patientinnen und Patienten selber nicht Adressaten der erteilten Bewilligungen waren und über deren genauen Umstände und Hintergründe auch nicht im Bild sein dürften. Zudem ist derzeit ohnehin äusserst ungewiss, ob die Beschwerdeführenden die Medikamentenabgabe auch nach Ablauf des Jahres 2007 aufgrund einer neuen gesetzlichen Regelung würden fortsetzen können. Greift bis dahin keine Regelung in ihrem Sinne, so werden ihre Patientinnen und Patienten die Medikamente ab 2008 ohnehin wieder über eine Apotheke beziehen müssen.

3.8 In Abwägung sämtlicher massgebender Interessen überwiegt das Interesse an der einheitlichen Anwendung und Durchsetzung von § 17 GesundheitsG gegenüber den privaten Interessen der Beschwerdeführenden am ohnehin befristeten Fortbestand ihrer Bewilligungen.

4.

Zur Verhältnismässigkeit der Liquidationsfrist bringen die Beschwerdeführenden nichts vor. Insbesondere machen sie nicht geltend, dass die Frist von acht Wochen zu kurz wäre, um die vorhandenen Medikamentenbestände ohne Verlust zu verkaufen. Die ab Rechtskraft der Verfügung greifende Frist gibt daher zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass.

5.

Demnach sind die Beschwerden abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang werden die Beschwerdeführenden kostenpflichtig (§ 13 VRG in Verbindung mit § 70 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihnen damit nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

Demgemäss entscheidet die Kammer:

1. Die Beschwerden werden abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 20'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. _____ 60.-- Zustellungskosten,
Fr. 20'060.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden den Beschwerdeführenden, unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag, zu je einem Siebzigstel auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Mitteilung an:

- a) die Parteien;
- b) den Regierungsrat.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtssekretär:

A. B.

h. g.



Versandt: - 2. DEZ. 2005

