

TOBIAS JAAG

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Professor an der Universität Zürich

MARKUS RÜSSLI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

UMBRICHT RECHTSANWÄLTE
Bahnhofstrasse 22
Postfach 2957, 8022 Zürich
Telefon: 044 213 63 63
Telefax: 044 213 63 99

Rechtsgutachten

**zur Gültigkeit der Volksinitiative
„Ja zur Wahlfreiheit beim
Medikamentenbezug
(Zürcher Medikamentenabgabe-Initiative)“**

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literatur und Materialien	3
Abkürzungen	4
I. Einleitung	5
A. Die kantonale Volksinitiative „Ja zur Wahlfreiheit beim Medikamentenbezug“	5
B. Auftrag	6
C. Unterlagen	7
II. Ausgangslage	7
A. Geltende Regelung der Selbstdispensation im Kanton Zürich	7
B. Gerichtsentscheide und bisherige Revisionsbestrebungen	8
C. Ziel der Initiative	10
III. Gültigkeit von Volksinitiativen	11
A. Allgemeine Voraussetzungen	11
B. Wahrung des übergeordneten Rechts im Besonderen	11
IV. Vereinbarkeit der Initiative mit dem Bundesrecht	12
A. Regelung der Selbstdispensation im Bund	12
1. Einleitung	12
2. Krankenversicherungsgesetz	12
3. Heilmittelgesetz	13
4. Zwischenfazit	14
B. Bedeutung von Art. 37 Abs. 3 KVG	14
1. Entstehungsgeschichte	14
2. Rechtsprechung des Bundesgerichts	17
3. Lehre	19
4. Schlussfolgerungen	20
C. Versandhandel mit Arzneimitteln	21
V. Beantwortung der Gutachterfragen	22

Literatur und Materialien

(Die folgende Literatur wurde beigezogen, selbst wenn sie nachfolgend nicht im Einzelnen zitiert wird.)

BOTSCHAFT über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I, S. 93 ff. (zit. Botschaft KVG)

BOTSCHAFT zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel- und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 1. März 1999, BBl 1999, S. 3453 ff. (zit. Botschaft Heilmittelgesetz)

BRATSCHI PETER/EGGENBERGER STÖCKLI URSULA, Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte, Gesetzestext mit Erläuterungen, Bern 2002

EICHENBERGER THOMAS/JAISLI URS/RICHLI PAUL (Hrsg.), Heilmittelgesetz, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2006

EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, hrsg. von Heinrich Koller u.a., Basel/Genf/München 1998

HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000

KIESER UELI, Zugangsmöglichkeiten zur Apotheke – was sagt das Krankenversicherungsgesetz?, HILL 2004, Fachartikel Nr. 2 (zit. HILL)

KÖLZ ALFRED, Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZBl 83/1982, S. 1 ff.

ODERMATT LUZIAN, Ungültigerklärung von Volksinitiativen, AJP 1996, S. 710 ff.

POLEDNA TOMAS, Medikamentenabgabe durch Ärzte (Selbstdispensation), Jusletter vom 14. Januar 2002 (www.jusletter.ch)

POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002

POLEDNA TOMAS/KIESER UELI (Hrsg.), Gesundheitsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. VIII, Basel/Genf/München 2005

RICHLI PAUL, Instrumente des Gesundheits- und Lebensschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte, AJP 2002, S. 340 ff.

SLONGO FRANZISKA, Signalwirkung oder Rohrkrepierer? Anmerkungen zu den Urteilen 2P.324/2003 (Solothurn) und 2P.131/2004 (Zürich) betreffend die Selbstdispensation, SZG 2/2006, S. 79 ff. (zit. Signalwirkung)

SLONGO FRANZISKA, „Nachlese“ zu BGE 131 I 205 (Selbstdispensation im Kanton Zürich): Urteil 2P.17/2006 des Bundesgerichts vom 6. April 2006 betreffend Widerruf der Bewilligungen zur Führung einer Privatapotheke, SZG 3/2006, S. 121 ff.

Abkürzungen

AB (N/S)	Amtliches Bulletin (Nationalrat/Ständerat)
ABl	Amtsblatt des Kantons Zürich
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung; Bundesgerichtsentscheid
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
f., ff.	und folgende
GesG	Gesetz über das Gesundheitswesen vom 4. November 1962 (Gesundheitsgesetz; LS 810.1)
GPR	Gesetz über die politischen Rechte vom 1. September 2003 (LS 161)
HMG	Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (SR 812.21)
HMV	Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln vom 28. Dezember 1978 (LS 812.1)
hrsg.	herausgegeben von
KV	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
lit.	litera = Buchstabe
LS	Zürcher Loseblattsammlung
Nr.	Nummer
OS	Offizielle Gesetzessammlung des Kantons Zürich
RB	Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich
Rz.	Randziffer
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZG	Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht (= RSDS, Revue suisse de droit de la santé)
VAM	Verordnung über die Arzneimittel vom 17. Oktober 2001 (Arzneimittelverordnung; SR 812.212.21)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

I. Einleitung

A. Die kantonale Volksinitiative „Ja zur Wahlfreiheit beim Medikamentenbezug“

Das Initiativkomitee für die Wahlfreiheit beim Medikamentenbezug reichte am 3. Juli 2006 die kantonale Volksinitiative „Ja zur Wahlfreiheit beim Medikamentenbezug (Zürcher Medikamentenabgabe-Initiative)“ in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs ein. Die Gesetzesinitiative hat folgenden Wortlaut:

„Das Gesetz über das Gesundheitswesen vom 4. November 1962 (Gesundheitsgesetz, LS 810.1) ist folgendermassen zu ändern:

§ 17 (Neuformulierung) Privatapotheken

Zur Führung einer ärztlichen Privatapotheke ist eine Bewilligung der Direktion des Gesundheitswesens erforderlich. Die Bewilligung wird praxisberechtigten Ärztinnen und Ärzten sowie ambulanten gemeinnützigen Instituten gemäss Ärzteverordnung erteilt. Die Inhaberinnen und Inhaber von ärztlichen Privatapotheken dürfen Arzneimittel nur an Patientinnen und Patienten abgeben, die bei ihnen in Behandlung stehen. Die Abgabe hat unter ärztlicher Aufsicht und Verantwortung zu erfolgen.

Bei zwischenzeitlichem Erlass eines neuen bzw. Revision des bestehenden Gesundheitsgesetzes ist dieser Paragraph in das neue Gesundheitsgesetz einzufügen.“

Der Initiative ist folgende Begründung beigegeben:

„Ausgangslage

- Das Zürcher Stimmvolk hat sich bereits zweimal (2001/2003) zur Frage der ärztlichen Medikamentenabgabe geäussert und dabei jegliche Beschränkungen der ärztlichen Medikamentenabgabe abgelehnt.
- Die Regierung wollte diesen Volkswillen mittels einer Verordnung umsetzen. Aufgrund einer Beschwerde ans Bundesgericht hob dieses die Verordnung aber wieder auf. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass eine solche Änderung nur über ein Gesetz möglich sei. Eine Regierungsverordnung reiche hierfür nicht aus. Gestützt auf dieses Urteil gilt derzeit wieder die veraltete Regelung, wonach die Ärztinnen und Ärzte in den Städten Zürich und Winterthur keine Medikamente abgeben dürfen, die Ärztinnen und Ärzte auf dem Land hingegen schon.
- Mit unserer Initiative soll die von der Regierung vorgeschlagene Regelung zum Medikamentenbezug im Kanton Zürich nun ohne weitergehende Änderungen auf Gesetzesebene überführt werden.

Begründung

- Der in zwei Abstimmungen geäusserte Volkswille konnte bisher nicht umgesetzt werden. Deshalb haben die Ärztinnen und Ärzte des Kantons Zürich entschieden, diese Frage vom Zürcher Stimmvolk beurteilen zu lassen.

- Basierend auf dem Bundesgerichtsurteil vom 9. März 2005 fordern wir die Umsetzung des Volkswillens auf Gesetzesstufe. Deshalb lancieren wir die Volksinitiative ‚Ja zur Wahlfreiheit beim Medikamentenbezug‘.
- Alle Bewohnerinnen und Bewohner im Kanton Zürich sollen frei wählen können, wo sie ihre Medikamente beziehen möchten.
- Die Initiative fordert, dass die Bewohnerinnen und Bewohner auf dem Land und in den Städten Zürich und Winterthur gleich behandelt werden.
- Wir setzen uns für eine patientenfreundliche und kostengünstige ärztliche Medikamentenabgabe ein.“

Mit Verfügung vom 27. April 2006 stellte die Direktion der Justiz und des Innern fest, dass der Titel und die Begründung der als ausgearbeiteter Entwurf abgefassten Volksinitiative sowie die Form der Unterschriftenliste den Vorschriften von § 123 des Gesetzes über die politischen Rechte (GPR)¹ entsprechen². Eine gegen diese Verfügung erhobene Stimmrechtsbeschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 12. Februar 2007 ab. Es entschied, dass weder der Titel der Initiative noch deren Begründung irreführend seien³. Mit Verfügung vom 29. September 2006 stellte die Direktion der Justiz und des Innern das Zustandekommen der Volksinitiative fest⁴.

B. Auftrag

Mit Schreiben vom 22. Februar 2007 beauftragte uns die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, im Rahmen eines Rechtsgutachtens die folgenden Fragen zu beantworten:

1. Ist die Volksinitiative ‚Ja zur Wahlfreiheit beim Medikamentenbezug‘ mit höherrangigem Recht vereinbar?
2. Wenn nein, muss sie ganz als ungültig erklärt werden? Bitte begründen Sie.
3. Wenn nein, welcher Teil muss für ungültig erklärt werden? Bitte begründen Sie.

Besonders interessieren uns in diesem Zusammenhang folgende Fragen:

- a) Wäre eine Regelung im kantonalen Recht, wonach sämtliche Ärztinnen und Ärzte im Kanton Zürich mit entsprechender Bewilligung berechtigt sind, Medikamente an ihre Patientinnen und Patienten abzugeben, mit Art. 37 Abs. 3 KVG vereinbar?

¹ Gesetz über die politischen Rechte vom 1. September 2003 (GPR; LS 161).

² ABI 2006, S. 439.

³ Urteil 1P.338/2006 und 1P.582/2006 vom 12. Februar 2007.

⁴ ABI 2006, S. 1381.

- b) Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des KVG gab es noch keinen Versandhandel mit Arzneimitteln (vgl. seit 1.1.2002: Art. 27 Heilmittelgesetz [HMG] und Art. 29 f. Arzneimittelverordnung [VAM]). Wie beurteilen Sie die Frage unter lit. a) im Lichte dieser veränderten Umstände?
- c) Wäre eine Regelung im kantonalen Recht, wonach sämtliche Ärztinnen und Ärzte im Kanton Zürich mit entsprechender Bewilligung berechtigt sind, Medikamente an ihre Patientinnen und Patienten abzugeben, mit dem Heilmittelgesetz (HMG), insbesondere mit Art. 24 und 30 HMG, vereinbar?“

Sachverhalt und Gutachterfragen wurden am 3. April 2007 anlässlich einer Besprechung mit den Herren Martin Brunnschweiler und Walter Dietrich sowie Frau Karin Mordasini von der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich erörtert.

C. Unterlagen

Für die Ausarbeitung des Gutachtens wurden uns folgende Unterlagen zur Verfügung gestellt:

- Initiativbogen zur Volksinitiative „Ja zur Wahlfreiheit beim Medikamentenbezug (Zürcher Medikamentenabgabe-Initiative)“
- Antrag und Weisung der Gesundheitsdirektion an den Regierungsrat vom 5. März 2004 zur Änderung der Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln vom 28. Dezember 1978
- Verfügung der Gesundheitsdirektion vom 28. Februar 2007 betr. Handel mit Arzneimitteln
- Ordner mit diversen Unterlagen (Materialien, Entscheide, Literatur) zu Art. 37 KVG, Art. 24, 26, 27 und 30 HMG

II. Ausgangslage

A. Geltende Regelung der Selbstdispensation im Kanton Zürich

Das noch geltende *Gesundheitsgesetz* von 1962 (GesG)⁵ gewährt in § 17 den Ärzten ausserhalb der Städte Zürich und Winterthur das Recht, mit Bewilligung der Direktion des Gesundheitswesens eine Privatapotheke zu führen. Den Ärzten in den Städten Zürich und Winterthur ist die Abgabe von Medikamenten (Selbstdispensation) dagegen verboten. Das vom Kantonsrat am 2. April 2007 verabschiedete neue Gesundheitsge-

⁵ Gesetz über das Gesundheitswesen vom 4. November 1962 (Gesundheitsgesetz, GesG; LS 810.1).

setz beinhaltet mit Rücksicht auf die hängige Volksinitiative keine Regelung zur Führung von Privatapotheken⁶.

Die *Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln* (HMV) enthält in §§ 51 ff. nähere Bestimmungen über die Privatapotheken der Ärzte⁷. Gemäss § 52 HMV dürfen die Inhaber von Privatapotheken Arzneimittel für Patienten mitgeben, die bei ihnen in Behandlung stehen (eingeschränkte Selbstdispensation). Der freie Verkauf von Medikamenten durch die Ärzte ohne Konsultation (freie Selbstdispensation bzw. Freihandverkauf) ist nicht gestattet.

B. Gerichtsentscheide und bisherige Revisionsbestrebungen

§ 17 des Gesundheitsgesetzes bildete in der Vergangenheit Gegenstand mehrerer gerichtlicher und politischer Auseinandersetzungen⁸:

In einem Urteil vom 13. Juli 1973 verneinte das Zürcher Verwaltungsgericht das Vorliegen einer rechtsungleichen Behandlung durch den in § 17 Gesundheitsgesetz statuierten Ausschluss der in Zürich und Winterthur praktizierenden Ärzte von der Selbstdispensation. Hingegen gelangte das Gericht zum Schluss, das für die Ärzte in den Städten Zürich und Winterthur geltende Selbstdispensationsverbot verstosse gegen die Handels- und Gewerbefreiheit (heutige Wirtschaftsfreiheit)⁹. Aufgrund einer Vereinbarung der Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich mit dem Apothekerverein des Kantons Zürich wurden in der Folge aber nur wenige Selbstdispensationsbewilligungen für Ärzte in Zürich und Winterthur erteilt.

Mit Entscheid vom 26. Februar 1998 betreffend das Gesuch eines HMO-Zentrums in Zürich um Erteilung der Bewilligung zur Medikamentenabgabe bejahte das Zürcher Verwaltungsgericht aufgrund der dahingehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung nunmehr die grundsätzliche Vereinbarkeit von Einschränkungen der Selbstdispensation mit der Wirtschaftsfreiheit. 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 Gesundheitsgesetz enthaltenen Regelung davon ausgegangen, die Medikamentenabgabe sei zum Schutz der öffentlichen Gesundheit durchwegs den Apotheken vorzubehalten, wobei in Gebieten mit ungenügender Versorgung durch öffentliche Apotheken die Selbstdispensation trotz der damit verbundenen Gefahren als das kleinere Übel zugelassen werden müsse. Die seit dem Jahr 1951 bestehende Abgrenzung zwischen den Städten Zürich

⁶ Die Referendumsfrist gegen das neue Gesundheitsgesetz endet am 12. Juni 2007; ABl 2007, S. 543 ff.

⁷ Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln vom 28. Dezember 1978 (HMV; LS 812.1).

⁸ Der nachfolgend wiedergegebene Sachverhalt basiert auf den Ausführungen des Bundesgerichts in seinem Urteil vom 9. März 2005 zu § 51 HMV in der Fassung vom 10. März 2004 (BGE 131 I 205 ff., 207 ff.). Vgl. dazu nachfolgend bei Anm. 16.

⁹ ZBl 74/1973, S. 504 ff.

und Winterthur auf der einen und den übrigen Gemeinden auf der andern Seite habe seinerzeit noch als zulässige Pauschalierung gelten können. Nachdem jedoch heute in zahlreichen Landgemeinden eine oder mehrere Apotheken bestünden, halte die in § 17 Gesundheitsgesetz 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 getroffene Unterscheidung kein vernünftiger und sachlicher Grund mehr. Ob darüber hinaus auch ein Verstoss gegen die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden vorliege, liess das Gericht offen. Aufgrund akzessorischer Normenkontrolle sei die Bestimmung nicht anzuwenden, soweit sie 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 angebehrte Selbstdispensationsbewilligung nur bis zum Inkrafttreten einer neuen gesetzlichen Regelung zu erteilen, ohne dass hierfür dannzumal ein Bestandesschutz beansprucht werden könne¹⁰.

Der Inhaber einer in der Nähe des 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 vom 15. Juni 1999, von gewissen Verfahrensrügen abgesehen, mangels Legitimation des Beschwerdeführers nicht eintrat¹¹.

Die Gesundheitsdirektion bewilligte nach dem Entscheid des Verwaltungsgerichts vom Februar 1998 87 Gesuche für die Medikamentenabgabe durch Ärzte in Zürich und Winterthur. Seit September 1998 sistierte sie die noch hängigen, zu hunderten eingegangenen Gesuche, zunächst bis zum Vorliegen des bundesgerichtlichen Entscheids 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 erhobenen Beschwerden blieben erfolglos.

Im Frühjahr 2001 befasste sich der Kantonsrat mit der Neuregelung der Selbstdispensation. Eine erste Vorlage war als Gegenvorschlag zu zwei eingereichten und wieder zurückgezogenen Volksinitiativen der Apothekerschaft einerseits und der Ärzteschaft andererseits konzipiert. Sie 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 Metern zur Praxis keine Apotheke befindet und der Arzt sich an den allgemeinen medizinischen

¹⁰ RB 1998 Nr. 80 = ZBl 99/1998, S. 568 ff.

¹¹ ZBl 101/2000, S. 533 ff.

Notfalldiensten der Standesorganisationen beteiligt. Diese Vorlage wurde von den Stimmberechtigten am 23. September 2001 mit 54% Nein-Stimmen verworfen¹².

Die Gesundheitsdirektion 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 danach an das Bundesgericht gelangte¹³.

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% abgelehnt¹⁴.

Der Regierungsrat 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 zur Abgabe berechtigten Ärzte wurden verpflichtet, in ihren Praxisräumen an gut sichtbarer Stelle den Hinweis anzubringen, dass die Medikamente auch gegen Rezept in der Apotheke bezogen werden können¹⁵.

Mit Urteil vom 9. März 2005 hob das Bundesgericht die beschlossene Verordnungsänderung wegen Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung jedoch auf¹⁶.

C. Ziel der Initiative

Mit der Volksinitiative „Ja zur Medikamentenfreiheit“ soll die vom Regierungsrat in § 51 der Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln vorgesehene Regelung zum Medikamentenbezug auf Gesetzesstufe verankert werden. Nicht nur die Ärzte auf dem Land, sondern auch jene in den Städten Zürich und Winterthur sollen an die bei ihnen in Behandlung stehenden Patienten Medikamente abgeben dürfen. Diese wiederum sollen frei wählen können, ob sie die verschriebenen Medikamente bei ihrem Arzt oder in einer Apotheke beziehen wollen. Der Freihandverkauf von Medikamenten durch die Ärzte ist nach wie vor ausgeschlossen.

¹² Vgl. zur Abstimmungsvorlage ABI 2001, S. 1181 f.

¹³ Urteil des Bundesgerichts 2P.225/2002 vom 26. Mai 2003.

¹⁴ Vgl. zur Abstimmungsvorlage ABI 2003, S. 2065 ff.

¹⁵ OS 59, S. 96.

¹⁶ BGE 131 I 205 ff.

III. Gültigkeit von Volksinitiativen

A. Allgemeine Voraussetzungen

Bevor eine Initiative den Stimmberechtigten zur Abstimmung vorgelegt wird, ist sie auf ihre Gültigkeit zu überprüfen. Eine Initiative ist gemäss Art. 28 der Kantonsverfassung (KV)¹⁷ gültig, wenn sie (a) die Einheit der Materie wahrt, (b) nicht gegen übergeordnetes Recht verstösst und (c) nicht offensichtlich undurchführbar ist. Erfüllt eine Volksinitiative diese Voraussetzungen nicht, erklärt sie der Kantonsrat für ungültig; er kann sie aber auch für teilweise gültig erklären oder aufteilen. Über die Ungültigerklärung, die teilweise Gültigerklärung und die Aufteilung einer Initiative entscheidet der Kantonsrat mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder.

Eine Art. 28 KV entsprechende Bestimmung enthält das Gesetz über die politischen Rechte (GPR) in § 121 in Verbindung mit § 127. Danach dürfen Initiativen nicht gegen übergeordnetes Recht verstossen oder undurchführbar sein, ferner müssen sie die Einheit der Form wahren und gültig zu Stande gekommen sein.

B. Wahrung des übergeordneten Rechts im Besonderen

Alle Initiativen müssen das übergeordnete Recht wahren (Art. 28 Abs. 1 lit. b KV; § 121 Abs. 1 GPR). Zum übergeordneten Recht zählen das Staatsvertragsrecht, das Bundesrecht, das interkantonale Recht und – sofern es sich nicht um eine Verfassungsinitiative handelt – das kantonale Verfassungsrecht.

Nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts sind kantonale Volksinitiativen wenn möglich vor einer Ungültigerklärung zu bewahren. Beim Entscheid über die Gültigkeit sind sie in der für die Initianten günstigsten Weise auszulegen. Hierbei gelangen die üblichen Auslegungsregeln zur Anwendung. Kann einer Initiative eine Interpretation im Einklang mit dem übergeordneten Recht gegeben werden, muss sie für gültig erklärt und dem Stimmvolk unterbreitet werden. Nur wenn dies nicht möglich ist, ist die Initiative aufzuheben; dies entspricht dem Grundsatz „in dubio pro populo.“ Erweist sich nur ein Teil der Initiative als rechtswidrig, kann der restliche Teil als solcher bestehen bleiben, sofern er ein sinnvolles Ganzes bildet und noch dem Willen der Initianten entsprechen kann¹⁸.

¹⁷ Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV; LS 101).

¹⁸ Vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 1P.541/2006 vom 28. März 2007, Erw. 2.5 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen); BGE 132 I 282 ff., 286 f.; 125 I 227 ff., 231 f.; 124 I 107 ff., 118 ff.; HANGARTNER/KLEY, N. 2117 ff., 2134 ff.; ODERMATT, S. 715.

IV. Vereinbarkeit der Initiative mit dem Bundesrecht

A. Regelung der Selbstdispensation im Bund

1. Einleitung

Art. 117 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV)¹⁹ ermächtigt den Bund zum Erlass von Bestimmungen über die Kranken- und Unfallversicherung. Gemäss Art. 118 Abs. 1 BV trifft der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeiten sodann Massnahmen zum Schutz der Gesundheit. Er erlässt unter anderem Vorschriften über den Umgang mit Heilmitteln (Art. 118 Abs. 2 lit. a BV). Gestützt auf die genannten Normen hat der Bund das Bundesgesetz über die Krankenversicherung²⁰ und das Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte²¹ erlassen. Beide Erlasse enthalten je eine Bestimmung zur ärztlichen Selbstdispensation; eine abschliessende Regelung zur Selbstdispensation hat der Bund – wie noch zu zeigen sein wird – jedoch nicht getroffen²².

2. Krankenversicherungsgesetz

Das Krankenversicherungsgesetz (KVG) regelt im ersten Abschnitt des vierten Kapitels die Zulassung der Leistungserbringer (Art. 35 ff.). Nur wer als Leistungserbringer zugelassen ist, ist zur Tätigkeit *zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung* berechtigt. Zu den Leistungserbringern gehören u.a. Ärzte, Apotheker usw. (Art. 35 Abs. 2 KVG).

Unter der Marginalie „Apotheker und Apothekerinnen“ bestimmt Art. 37 KVG Folgendes:

„¹ Apotheker und Apothekerinnen sind zugelassen, wenn sie das eidgenössische Diplom besitzen und über eine vom Bundesrat anerkannte Weiterbildung verfügen.

² Der Bundesrat regelt die Zulassung von Apothekern und Apothekerinnen mit einem gleichwertigen wissenschaftlichen Befähigungsausweis.

³ Die Kantone bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Ärzte und Ärztinnen mit einer kantonalen Bewilligung zur Führung einer Apotheke den zugelassenen Apothekern und Apothekerinnen gleichgestellt sind. Sie berücksichtigen dabei insbesondere die Zugangsmöglichkeiten der Patienten und Patientinnen zu einer Apotheke.“

Art. 37 Abs. 3 KVG weist die Regelung der Selbstdispensation somit den *Kantonen* zu. Sie bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Ärzte mit einer kantonalen Bewilligung zur Führung einer Apotheke den zugelassenen Apothekern gleichgestellt sind und somit Medikamente zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung abgeben dür-

¹⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

²⁰ Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10).

²¹ Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (HMG; SR 812.21).

²² Vgl. dazu auch BGE in ZBl 103/2002, S. 322 ff., 323 (Kanton Aargau).

fen. Der zweite Satz von Art. 37 Abs. 3 KVG schreibt den Kantonen vor, dabei insbesondere die Zugangsmöglichkeiten der Patienten zu einer Apotheke zu berücksichtigen.

Der Geltungsbereich dieser sozialversicherungsrechtlichen Norm ist *beschränkt*. Art. 37 Abs. 3 KVG bezieht sich nicht auf die ärztliche Medikamentenabgabe schlechthin, sondern lediglich auf jene zu Lasten der Krankenkassen²³. Die Medikamentenabgabe zu Lasten der IV oder der Unfallversicherung beispielsweise wird von Art. 37 Abs. 3 KVG nicht erfasst²⁴.

Bereits das Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (KVUG)²⁵ enthielt in Art. 21 Abs. 3 eine Regelung zur Selbstdispensation. Danach waren die Ärzte, denen ein Kanton die Bewilligung zur Leitung einer Apotheke erteilt hatte, innerhalb der Schranken dieser Bewilligung den in Abs. 1 von Art. 21 KVUG bezeichneten Apothekern gleichgestellt.

3. Heilmittelgesetz

Das Heilmittelgesetz (HMG) befasst sich im 4. Abschnitt des zweiten Kapitels (Art. 23 ff.) mit dem Vertrieb, der Verschreibung und der Abgabe von Arzneimitteln. Wer Arzneimittel in Apotheken – dazu zählen neben den öffentlichen Apotheken auch die Privatapotheken selbstdispensierender Ärzte²⁶ –, Drogerien und anderen Detailgeschäften abgibt, benötigt gemäss Art. 30 HMG eine kantonale Bewilligung.

Für die Medikamentenabgabe durch Ärzte bzw. andere Medizinalpersonen als Ärzte verweist das Heilmittelgesetz auf die Bestimmungen über die Selbstdispensation. Art. 24 Abs. 1 HMG mit der Überschrift „Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel“ lautet wie folgt:

- „Verschreibungspflichtige Arzneimittel abgeben dürfen:
- a. Apothekerinnen und Apotheker auf ärztliche Verschreibung und in begründeten Ausnahmefällen auch ohne ärztliche Verschreibung;
 - b. weitere Medizinalpersonen entsprechend den Bestimmungen über die Selbstdispensation;
 - c. entsprechend ausgebildete Fachpersonen unter der Kontrolle von Personen nach dem Buchstaben a und b.“

²³ BGE in ZBI 101/2000, S. 533 ff., 537 f.; KIESER, HILL, Ziff. 1.

²⁴ Vgl. dazu Art. 26 Abs. 3 Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20); Art. 53 Abs. 1 Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG; SR 832.20). – Die genannten Bestimmungen des IVG und des UVG decken sich im Wesentlichen mit jener von Art. 21 Abs. 3 des alten Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes von 1911 (dazu sogleich bei Anm. 25).

²⁵ BS 8, S. 281 ff.

²⁶ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel- und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 1. März 1999, BBl 1999, S. 3453 ff., 3516.

Personen, die verschreibungspflichtige Arzneimittel abgeben dürfen, sind gemäss Art. 25 Abs. 1 lit. a HMG auch zur Abgabe nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel berechtigt.

Ob und zu welchen Bedingungen ein Arzt zur Selbstdispensation berechtigt ist, regelt das Heilmittelgesetz nicht; Art. 24 Abs. 1 lit. b verweist lediglich auf die „Bestimmungen über die Selbstdispensation“. Der Bundesrat führte in der Botschaft zum Heilmittelgesetz aus, dass für den Bund kein Anlass bestehe, die Selbstdispensation im Rahmen des Heilmittelgesetzes näher zu regeln. Soweit eine bundesrechtliche Richtungsweisung geboten sei, finde sich diese bereits im Krankenversicherungsgesetz²⁷.

4. Zwischenfazit

Das Heilmittelgesetz kennt keine eigene Selbstdispensationsregelung. Die mit der Initiative „Ja zur Medikamentenabgabe“ vorgeschlagene Neuregelung ist daher mit Art. 24 und Art. 30 HMG vereinbar.

Das Krankenversicherungsgesetz wiederum weist die Zuständigkeit zur Regelung des Selbstdispensations den Kantonen zu, schreibt ihnen aber vor, die Zugangsmöglichkeiten der Patienten zu einer Apotheke zu berücksichtigen. Welche Verbindlichkeit bzw. welche Tragweite Art. 37 Abs. 3 KVG für die Kantone hat, ist nachfolgend zu untersuchen.

B. Bedeutung von Art. 37 Abs. 3 KVG

1. Entstehungsgeschichte

Der heutige Art. 37 Abs. 3 KVG ist das Resultat eines zähen Ringens zwischen National- und Ständerat. Der Bundesrat beantragte dem Parlament ursprünglich die Schaffung einer Rechtsetzungskompetenz zur Regelung der Selbstdispensation auf Stufe Bundes(verordnungs)recht. Im Entwurf für ein Bundesgesetz über die Krankenversicherung schlug er folgende Bestimmung vor²⁸:

„Art. 31 Apotheker

¹ Apotheker sind zugelassen, wenn sie das eidgenössische Diplom besitzen.

² Der Bundesrat kann die Zulassung von Apothekern mit einem anderen wissenschaftlichen Befähigungsausweis vorsehen.

³ Er bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Ärzte mit einer kantonalen Bewilligung zur Führung einer Apotheke den zugelassenen Apothekern gleichgestellt sind.“

²⁷ Botschaft Heilmittelgesetz, S. 3511; vgl. auch S. 3586.

²⁸ BBl 1992 I, S. 257 ff.

In der Botschaft des Bundesrates findet sich dazu folgende Erläuterung²⁹:

„Ebenfalls durch den Bundesrat, und nicht mehr durch die Kantone, soll in Zukunft die *ärztliche Selbstdispensation von Medikamenten* zu Lasten der Krankenversicherung geregelt werden. Hier gilt es, sowohl der Kosteneindämmung als auch der optimalen Bedarfsdeckung Rechnung zu tragen (Abs. 3). Der selbstdispensierende Arzt darf die Medikamente höchstens zu den Tarifen und Preisen der vom Bund erstellten Arzneimittellisten in Rechnung stellen (Art. 44). Die bundesrätliche Verordnung, welche die Voraussetzungen der Selbstdispensation regelt, wird auch geeignete Übergangsbestimmungen für die Ärzte vorsehen müssen, die nach altem Recht zur apothekergleichen Medikamentendispensation zugelassen waren, es aber nach neuem Recht nicht mehr sein werden.“

Von einer solchen Verordnungskompetenz des Bundesrates wollte der *Ständerat* indessen nichts wissen. Nicht der Bundesrat, sondern die Kantone sollten die Selbstdispensation regeln. Er beschloss daher mit 24 zu 4 Stimmen, Art. 31 Abs. 3 des Entwurfs neu wie folgt zu fassen³⁰:

„³ Die Kantone bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Ärzte mit einer kantonalen Bewilligung zur Führung einer Apotheke den zugelassenen Apothekern gleichgestellt sind.“

Der *Nationalrat* folgte dagegen dem Vorschlag des Bundesrates³¹. Ein Antrag Sandoz, der im Sinne eines Kompromisses die heutige Formulierung von Art. 37 Abs. 3 KVG vorschlug, fand keine Mehrheit.

Nationalrätin Sandoz begründete ihren Antrag wie folgt³²:

„L'article 31 alinéa 3 pose un problème extrêmement important, à savoir le droit accordé aux médecins de dispenser des médicaments à charge de l'assurance-maladie. (...) Or, je vous ferai constater que ni la version du Conseil fédéral ni celle du Conseil des Etats n'assure cette protection. Par conséquent, l'amendement que je vous propose consiste à dire : jusqu'à présent, il y a déjà un certain nombre de cantons qui, encore une fois, suivent le principe de la dispensation par les pharmacies et, exceptionnellement seulement, par les médecins. Imposons à tous les cantons de tenir compte de la proximité d'une pharmacie, c'est-à-dire de ne pas autoriser des médecins à dispenser s'il y a des pharmacies dans un certain rayon, de les autoriser lorsqu'il n'y a pas ces possibilités d'accès à une pharmacie, et de retirer enfin cette autorisation lorsqu'une pharmacie se crée, mais ne conférons pas un blanc-seing au Conseil fédéral dont on ne sait même pas dans le message de quelle manière il entend, lui, régler le problème. (...) Invitons et obligeons les autres cantons à tenir compte des possibilités d'accès aux pharmacies, dans le sens indiqué tout à l'heure – c'est-à-dire pas d'autorisation s'il y a un accès facile à une pharmacie et retrait d'autorisation si une pharmacie se crée –, mais ne conférons pas un blanc-seing au Conseil fédéral, (...)“

²⁹ Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I, S. 93 ff., 165 (Hervorhebung im Original).

³⁰ AB 1992 S 1306 f.

³¹ AB 1993 N 1848 ff.

³² AB 1993 N 1849.

Der *Ständerat* hielt bei der Zweitberatung an seinem Beschluss fest³³. Ein Eventualantrag der Kommissionsminderheit, der mit jenem von Nationalrätin Sandoz übereinstimmte, scheiterte knapp. Ständerat Coutau führte zum Eventualantrag Folgendes aus³⁴:

„Si vous allez dans cette direction, je vous propose de faire quand même un petit bout de chemin en direction de la réalité contemporaine et de dire que, si les cantons ont à fixer ces conditions, il y a au moins un critère qu'ils doivent prendre en considération, c'est l'accessibilité au réseau des pharmacies. Il me semble que c'est un élément à prendre en compte, d'une part, parce que plusieurs cantons ont fait l'expérience pratique de cette référence à l'accessibilité des pharmacies, en particulier le canton d'Argovie dont on vient de parler. (...) Il s'agit donc d'une solution intermédiaire qui consiste à ajouter simplement un critère supplémentaire obligatoire pour les cantons qui auront à fixer ces conditions.“

Der *Nationalrat* weigerte sich in der Folge ebenfalls, von seinem Beschluss abzurücken; er ergänzte Abs. 3 aber um folgenden Satz: „Er [der Bundesrat] berücksichtigt dabei insbesondere die Zugangsmöglichkeiten der Patienten zu einer Apotheke“³⁵.

Auch im Rahmen der Differenzvereinbarung wich der *Ständerat* nicht von seinem Beschluss ab, kam dem Nationalrat aber insoweit entgegen, als er den Zusatz „sie [die Kantone] berücksichtigen dabei die Zugangsmöglichkeit der Patienten zu einer Apotheke“ einfügte³⁶.

Dem Antrag von Nationalrätin Heberlein, dem Beschluss des Ständerates zuzustimmen, wollte der *Nationalrat* in der Differenzvereinbarung nicht folgen, obgleich der Antrag auch vom Bundesrat unterstützt wurde³⁷. Bundesrätin Dreifuss führte Folgendes aus³⁸:

„[P]arce que le critère que le Conseil des Etats propose d'inscrire dans la loi est un critère raisonnable qui guide la plupart des révisions récentes opérées dans les cantons, nous pouvons accepter la version très massivement adoptée par le Conseil des Etats. Elle laisse la compétence aux cantons, tout en indiquant le critère principal qui devra être utilisé. (...) C'est un critère qui doit guider les révisions futures des lois cantonales, c'est une indication de bon sens, et non pas quelque chose que le Conseil fédéral a l'intention d'imposer aux cantons par un acte d'autorité.“

Die heutige Fassung von Art. 37 Abs. 3 KVG ging schliesslich erst aus der Einigungskonferenz der Räte hervor. Diese beschloss, die Fassung des Ständerats zu übernehmen. Der Ständerat stimmte an seiner Sitzung vom 17. März 1994 dem Antrag der Einigungskonferenz zu³⁹; der Nationalrat folgte ihm gleichentags⁴⁰.

³³ AB 1993 S 1059 ff.

³⁴ AB 1993 S 1061.

³⁵ AB 1994 N 19 ff.

³⁶ AB 1994 S 89 ff.

³⁷ AB 1994 N 357 ff.

³⁸ AB 1994 N 360.

³⁹ AB 1994 S 308.

2. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte sich in der Vergangenheit verschiedentlich mit der Bedeutung von Art. 37 Abs. 3 KVG zu befassen. Dabei ging es jeweils um die Frage, ob die Apotheker gestützt auf Art. 37 Abs. 3 KVG legitimiert sind, eine kantonale Regelung betreffend die Medikamentenabgabe durch Ärzte anzufechten. Das Bundesgericht verneinte dies.

In einem ersten Fall hatte das Bundesgericht eine vom Kantonsrat des *Kantons Schwyz* erlassene Selbstdispensationsregelung zu beurteilen. Die Regelung stimmt mit jener, welche die Volksinitiative „Ja zur Medikamentenfreiheit“ verlangt, im Wesentlichen überein. Die entsprechende Verordnung über das Gesundheitswesen vom 16. Oktober 2002 wurde vom Apothekerverein des Kantons Schwyz sowie von drei im Kanton Schwyz tätigen Apothekern mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) angefochten. Die Beschwerdeführer machten geltend, die Ärzte würden durch die Medikamentenabgabe bundesrechtswidrig zulasten der Apotheker begünstigt; die Selbstdispensationsregelung verstosse daher gegen Art. 37 Abs. 3 des Krankenversicherungsgesetzes sowie gegen Art. 24 Abs. 1 lit. b, Art. 26 Abs. 1 und Art. 30 des Heilmittelgesetzes.

Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde *mangels Legitimation* der Beschwerdeführer nicht ein⁴¹. Es kam zum Schluss, dass weder das Heilmittelgesetz noch das Krankenversicherungsgesetz eine *Schutznorm* enthalte, auf welche sich die Beschwerdeführer gegenüber dem kantonalen Gesetzgeber berufen könnten. Zwar lasse sich in Art. 37 Abs. 3 Satz 2 KVG allenfalls eine bundesrechtliche Schutznorm zugunsten der Apotheken erblicken, an die sich der kantonale Gesetzgeber zu halten habe. Dazu sei aber vorab zu bemerken, dass das Krankenversicherungsgesetz in Art. 35 ff. an sich lediglich die Zulassung als Leistungserbringer zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung regle und nicht direkt die kantonale Polizeihochheit in diesem Bereich beschneide, auch wenn in der praktischen Wirkung kaum ein Unterschied bestehe. Art. 37 Abs. 3 KVG, der in der parlamentarischen Beratung sehr umstritten gewesen sei, wolle nicht die öffentlichen Apotheken vor Konkurrenz schützen, sondern, wie aus den Gesetzesmaterialien hervorzugehen scheine, die Beibehaltung eines Netzes von öffentlichen Apotheken sichern (zwecks Sicherstellung der optimalen Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten) und darüber hinaus verhindern, dass dem Gesundheitswesen durch zu grosszügig zugelassene Selbstdispensation übermässige Kosten entstünden (... [Hinweis auf die Materialien]).

Das Bundesgericht erachtete in der Folge Art. 37 Abs. 3 KVG als zu vage und zu unbestimmt, um als Schutznorm im Sinne von Art. 88 des (heute aufgehobenen) Bundes-

⁴⁰ AB 1994 N 493 f.

⁴¹ Urteil 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003.

rechtspflegegesetzes (OG)⁴² angerufen werden zu können. Sodann stellte es fest, dass das nach Erlass des Krankenversicherungsgesetzes ergangene eidgenössische Heilmittelgesetz, in welchem allfällige (konkretere) Vorgaben an den kantonalen Gesetzgeber für die Zulassung der Selbstdispensation festzulegen gewesen wären, die Regelung dieser Frage ohne Einschränkungen den Kantonen überlasse.

In einem den *Kanton Solothurn* betreffenden Fall, der ebenfalls eine mit der Volksinitiative „Ja zur Medikamentenfreiheit“ vergleichbare Selbstdispensationsregelung zum Gegenstand hatte, bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung. Es führte Folgendes aus⁴³:

„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 von Art. 37 Abs. 3 KVG zu unbestimmt sei, um als Schutznorm im Sinn von Art. 88 OG angerufen werden zu können (...). 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 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 (...). Eine legitimationsbegründende Berufung auf Art. 37 Abs. 3 KVG ist den Beschwerdeführern (...) folglich verwehrt.“

⁴² Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz, OG); aufgehoben seit dem 1. Januar 2007 durch das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

⁴³ BGE 131 I 198 ff., 202 f.

Diese Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht in seinem Urteil zur Selbstdispensationsregelung des *Kantons Zürich*⁴⁴. Der Regierungsrat hatte am 10. März 2004 mit einer Änderung der Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln beschlossen, den Ärzten im ganzen Kantonsgebiet, d.h. auch in den Städten Zürich und Winterthur, das Recht zur Führung einer Privatapotheke einzuräumen. Das Bundesgericht hielt daran fest, dass der Vorschrift von Art. 37 Abs. 3 KVG nicht der Charakter einer den Interessen der Apotheker dienenden Schutznorm zukomme und daher nicht gegen Anordnungen des kantonalen Gesetzgebers angerufen werden könne. Entgegen seiner im Urteil 2P.195/1998 vom 15. Juni 1999 ergangenen Beurteilung⁴⁵ erblickte das Bundesgericht nun aber in § 17 des Gesundheitsgesetzes in Verbindung mit Art. 37 Abs. 3 KVG die Funktion einer legitimationsbegründenden Schutznorm zugunsten der in den Städten Zürich und Winterthur gelegenen Apotheken. In der Folge trat es auf die vom Apothekerverband des Kantons Zürich sowie von drei Inhabern von Apotheken aus Zürich, Winterthur und Fehraltorf erhobene staatsrechtliche Beschwerde ein und hob die angefochtene Ordnungsänderung wegen Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung auf.

3. Lehre

In der Lehre finden sich nur wenige Aussagen zur Tragweite von Art. 37 Abs. 3 KVG. Diese sind zudem alle vor dem Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Kanton Schwyz vom 22. Dezember 2003 und den späteren Urteilen in Sachen Kantone Solothurn und Zürich ergangen.

Gemäss EUGSTER sind die Kantone wie bisher berechtigt, freipraktizierenden Ärzten die Bewilligung zur Führung einer Apotheke zu erteilen, sind in der Regelung der Selbstdispensation aber nicht mehr völlig frei. Die Kantone müssten die Zulassung der Selbstdispensation vom Kriterium der Zugangsmöglichkeit der Patienten zu einer Apotheke abhängig machen. Die Selbstdispensation zulassenden Kantone hätten diese dort auszuschliessen, wo im näheren Umkreis einer Bevölkerungsgruppe eine Apotheke existiere, die mit einem öffentlichen Verkehrsmittel erreichbar sei. Art. 37 Abs. 3 Satz 2 KVG solle verhindern, dass die Apotheken wegen der Selbstdispensation mit ihren vielfältigen Dienstleistungen aus der medizinischen Versorgungskette eines Kantons oder einer Region herausfallen. Der Bund habe aber keine Möglichkeit, gegen eine zu grosszügige Zulassungspraxis der Kantone einzuschreiten⁴⁶.

POLEDNA/BERGER führen aus, dass die Kantone bei der Zulassung von Ärzten zur Abgabe von Medikamenten (Selbstdispensation) die Möglichkeiten des Zugangs zu einer Apotheke berücksichtigen müssten. Nur wo der Zugang zu einer Apotheke nicht möglich oder objektiv nicht zumutbar sei (etwa bei echten Notfällen oder bei einer regiona-

⁴⁴ BGE 131 I 205 ff.

⁴⁵ ZBI 101/2000, S. 533 ff. (dazu vorne bei Anm. 11).

⁴⁶ EUGSTER, Rz. 241.

len Unterversorgung), könne die ärztliche Selbstdispensation greifen. Kantonale Selbstdispensationsregelungen, die auf die bestehende Apothekendichte keine Rücksicht nehmen würden, stünden im Widerspruch zum KVG. Würden Ärzte ohne Vorliegen einer bundesrechtskonformen Selbstdispensationsbewilligung Medikamente abgeben, so seien sie nicht berechtigt, hierfür zulasten der Krankenversicherung Rechnung zu stellen⁴⁷.

Gemäss KIESER haben die Kantone im Rahmen der Gesundheitsgesetzgebung Art. 37 Abs. 3 KVG massgebend zu berücksichtigen. Der kantonale Rechtsetzer habe dabei zu bedenken, dass eine voraussetzungslose Gleichstellung von Arzt und Apotheker bei der Führung einer Apotheke bundesrechtlich ausgeschlossen sei; er habe Voraussetzungen aufzustellen und dabei insbesondere den – vom Bundesgesetzgeber als besonders (aber nicht einzig) wichtigen Gesichtspunkt betrachteten – tatsächlichen Zugang der Patienten zur Apotheke im Auge zu behalten. Zwar beziehe sich Art. 37 Abs. 3 KVG lediglich auf die Abgabe von Medikamenten zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, doch sei offensichtlich, dass er faktisch für den gesamten Bereich der Führung einer Apotheke Bedeutung erlange⁴⁸.

4. Schlussfolgerungen

Wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, wird die Bedeutung von Art. 37 Abs. 3 Satz 2 KVG, wonach die Kantone die Zugangsmöglichkeiten der Patienten zu einer Apotheke zu berücksichtigen haben, in Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich eingestuft. Die Lehre nimmt an, dass die Kantone bei der Regelung der Selbstdispensation dem Kriterium des Zugangs der Patienten zu einer Apotheke zwingend Rechnung zu tragen haben, das heisst, dass bei einem genügenden Zugang die Selbstdispensation nicht zu bewilligen sei. Bundesgericht (und Bundesrat) verstehen die Bestimmung mit Verweis auf deren kontroverse Entstehungsgeschichte einschränkender und gehen bloss von einer *Richtungsweisung an die Kantone* aus⁴⁹. Mit Art. 37 Abs. 3 lege das Krankenversicherungsgesetz – so das Bundesgericht – ein einziges Beurteilungskriterium fest und stecke allerdings noch sehr vage einen Rahmen ab. Über die Art und Weise, wie dieses Kriterium näher zu konkretisieren und zu gewichten sei, spreche sich das Gesetz hingegen nicht aus⁵⁰.

Gestützt auf diese Auslegung hat das Bundesgericht bei der Beurteilung der Beschwerdelegitimation der Apotheker zur Anfechtung kantonaler Selbstdispensationsregelungen Art. 37 Abs. 3 KVG den Charakter als bundesrechtliche Schutznorm abgesprochen und die Beschwerdelegitimation von Apothekern verneint⁵¹. Das bedeutet, dass die Be-

⁴⁷ POLEDNA/BERGER, Rz. 464.

⁴⁸ KIESER, HILL, Ziff. 3.

⁴⁹ BGE 131 I 198 ff., 202 f.; Votum Bundesrätin Dreifuss anlässlich der Debatte zum KVG, AB 1994 N 360, sowie Botschaft Heilmittelgesetz, S. 3511.

⁵⁰ BGE in ZBl 103/2002, S. 323 (Kanton Aargau).

⁵¹ Urteil 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003, Erw. 2.3 (Kanton Schwyz).

stimmung mangels Schutznormcharakters nicht gegen Anordnungen des kantonalen Gesetzgebers angerufen werden kann⁵².

Das Bundesgericht hält fest, dass der Bund – hätte er die Selbstdispensation näher regeln wollen – konkretere Vorgaben an den kantonalen Gesetzgeber in das Heilmittelgesetz hätte aufnehmen können; dies habe er indessen nicht getan. Den Kantonen kommt somit bei der Regelung der Selbstdispensation ungeachtet von Art. 37 Abs. 3 Satz 2 KVG ein grosser Ermessensspielraum zu. Dies wird auch durch ein neueres Urteil des Bundesgerichts vom 16. November 2006 bestätigt, das den Kanton Freiburg betraf. Dort hielt es in allgemeiner Weise fest, dass die Regelung der Frage, wieweit und unter welchen Voraussetzungen neben den Apothekern auch Ärzte zur Medikamentenabgabe ermächtigt werden können, grundsätzlich den Kantonen überlassen sei⁵³.

Die Tragweite von Art. 37 Abs. 3 KVG ist somit *unklar*. Eine Klärung durch die Gerichtspraxis ist bis heute nicht erfolgt. Bei unklarer und umstrittener Rechtslage ist eine Ungültigerklärung der Volksinitiative „Ja zur Medikamentenabgabe“ durch den Kantonsrat gestützt auf den Grundsatz in dubio pro populo gemäss Praxis und Lehre nicht gerechtfertigt⁵⁴. Wird die Initiative in der Volksabstimmung angenommen, wird es allenfalls Sache der zuständigen Gerichte sein, deren Bundesrechtskonformität im Rahmen einer abstrakten oder konkreten Normenkontrolle zu beurteilen. Überdies wäre es schwer verständlich, wenn die Regierung die Ungültigerklärung einer Regelung beantragen würde, welche sie im Jahr 2004 mit ähnlichem Inhalt selbst beschlossen hat. Dies umso mehr, als das Bundesgericht in seinem Urteil zu dieser Verordnung keinerlei Hinweis gemacht hat, dass die in der Verordnung vorgesehene Regelung der Selbstdispensation bundesrechtswidrig sein könnte; die Aufhebung der Verordnung erfolgte ausschliesslich wegen der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung⁵⁵.

C. Versandhandel mit Arzneimitteln

Das Bundesrecht enthält in Art. 27 HMG und in Art. 29 f. der Arzneimittelverordnung⁵⁶ besondere Regeln über den Versandhandel. Der Versandhandel mit Arzneimitteln ist grundsätzlich untersagt⁵⁷. Eine Bewilligung wird nur erteilt, wenn (a) für das betreffende Arzneimittel eine ärztliche Verschreibung vorliegt, (b) keine Sicherheitsanforderungen entgegenstehen, (c) die sachgemässe Beratung und (d) eine ausreichende ärztliche Überwachung der Wirkung sichergestellt sind⁵⁸. Die Erteilung der Bewilli-

⁵² BGE 131 I 205 ff., 213 (Kanton Zürich).

⁵³ Urteil 2P.32/2006 vom 16. November 2006, Erw. 2.1 (Kanton Freiburg).

⁵⁴ KÖLZ, S. 45; vgl. auch vorne III.B. (S. 11) mit weiteren Hinweisen.

⁵⁵ BGE 131 I 205 ff., 214 ff. (Kanton Zürich).

⁵⁶ Verordnung über die Arzneimittel vom 17. Oktober 2001 (Arzneimittelverordnung, VAM; SR 812.212.21).

⁵⁷ Art. 27 Abs. 1 HMG.

⁵⁸ Art. 27 Abs. 2 HMG.

gung obliegt den Kantonen⁵⁹. Wer eine Bewilligung für den Versandhandel mit Arzneimitteln beantragt, muss im Besitz einer kantonalen Detailhandelsbewilligung zur Führung einer öffentlichen Apotheke sein⁶⁰.

Die Zugangsmöglichkeiten der Patienten zu einer Apotheke im Sinne von Art. 37 Abs. 3 Satz 2 KVG wird durch den *Direktversand* von Arzneimitteln erhöht. Ob daraus der Schluss zu ziehen sei, dass bei einem genügenden Zugang der Patienten zu einer Apotheke (unter Einbezug der Versandapotheken) die Selbstdispensation zu verbieten sei, muss angesichts der unklaren Tragweite von Art. 37 Abs. 3 KVG offen gelassen werden. Auch diese Frage wird bei einer Annahme der Initiative von den zuständigen Gerichten zu beurteilen sein.

V. Beantwortung der Gutachterfragen

Frage 1

„Ist die Volksinitiative ‚Ja zur Wahlfreiheit beim Medikamentenbezug‘ mit höherrangigem Recht vereinbar?“

Das *Heilmittelgesetz* kennt keine eigene Selbstdispensationsregelung. Die mit der Initiative „Ja zur Medikamentenabgabe“ vorgeschlagene Neuregelung verstösst nicht gegen Art. 24 und Art. 30 HMG.

Die Tragweite von Art. 37 Abs. 3 *Krankenversicherungsgesetz* und damit die Rechtslage ist unklar. Eine abschliessende Antwort auf die Frage, ob die mit der Initiative „Ja zur Medikamentenabgabe“ vorgeschlagene Neuregelung der Selbstdispensation (auch unter Berücksichtigung des Direktversands von Arzneimitteln) mit Art. 37 Abs. 3 KVG vereinbar ist, kann deshalb nicht gegeben werden. Bei unklarer und umstrittener Rechtslage ist eine Ungültigerklärung der Volksinitiative durch den Kantonsrat gestützt auf den Grundsatz in dubio pro populo abzulehnen. Wird die Initiative in der Volksabstimmung angenommen, wird es allenfalls Sache der zuständigen Gerichte sein, deren Bundesrechtskonformität im Verfahren einer abstrakten oder konkreten Normenkontrolle zu beurteilen.

Aus den genannten Gründen ist die Volksinitiative „Ja zur Medikamentenabgabe“ für *gültig* zu erklären und den Stimmberechtigten vorzulegen.

⁵⁹ Art. 27 Abs. 4 HMG.

⁶⁰ Art. 29 Abs. 1 VAM.

Fragen 2 und 3

„Wenn nein, muss sie ganz bzw. teilweise als ungültig erklärt werden? Bitte begründen Sie.“

Die Beantwortung dieser Fragen erübrigt sich.

Zürich, 4. Juni 2007
X0317385.doc

T. Jaag
Tobias Jaag

M. Rüssli
Markus Rüssli