

## 21. Urteil vom 30. April 1914 i. S. Genossenschaftsapotheke Biel und Konsorten gegen Bern.

Art. 33, 31 BV. Recht der Kantone, die Betreibung des Apothekergewerbes auf im Besitz des Apothekerdiplooms befindliche Personen zu beschränken? Lässt die kantonale Gesetzgebung (i. c. § 19 des bernischen Gesetzes über die Ausübung der medizinischen Berufsarten) die Möglichkeit zu, die Bewilligung zur Führung einer Apotheke auch dem nichtpatentierten Eigentümer der Apothekenlokalitäten zu erteilen, sofern er für die technische Leitung einen patentierten Apotheker anstellt, so kann sie unter der nämlichen Voraussetzung ohne Verletzung der Rechtsgleichheit auch demjenigen nicht verweigert werden, welcher solche Lokalitäten nur gemietet hat.

A. — Das bernische Gesetz über die Ausübung der medizinischen Berufsarten (Medizinalgesetz) vom 14. März 1865 bestimmt in den §§ 1, 2, 16—19:

« § 1. Die im Kanton Bern anerkannten Medizinalpersonen sind:

1. die Ärzte,
2. die Apotheker und ihre Gehilfen,
3. . . . .
4. . . . .
5. . . . .

Diese Medizinalpersonen sowie diejenigen, welchen die Direktion des Innern besondere Bewilligungen nach § 3 erteilt, sind befugt, die verschiedenen Zweige der Heilkunde nach Mitgabe dieses Gesetzes und ihrer Patente auszuüben.»

« § 2. Wer eine der im vorigen Paragraphen bezeichneten Berufsarten ausüben und sich zu diesem Zwecke im Kanton Bern niederlassen will, hat sich durch eine Prüfung vor der hiefür aufgestellten Prüfungsbehörde über den Besitz der nach den einschlagenden Reglementen erforderlichen Kenntnisse und Eigenschaften auszuweisen, . . . . . »

« § 16. Der Apothekerberuf wird nur in einer öffent-

lichen Apotheke ausgeübt und besteht in der Zubereitung und dem Verkaufe von Arzneien und Arzneistoffen an Kranke und Medizinalpersonen, an diese letzteren jedoch nur insoweit, als sie zur Anwendung derselben berechtigt sind, an jene nur auf ärztliche Verordnung hin. Eine vom Regierungsrat zu erlassende Verordnung über den Verkauf von Arzneistoffen im Grossen und durch den Handverkauf wird die Ausnahmen von dieser Regel bestimmen.»

« § 17. Zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke bedarf es einer besonderen Bewilligung durch den Regierungsrat, welcher nach Anhörung eines Gutachtens des Sanitätskollegiums entscheidet.»

« § 18. Der Regierungsrat hat bei der Beurteilung von Gesuchen um Errichtung öffentlicher Apotheken vorzüglich das Bedürfniss sowohl des Publikums als der Ärzte der betreffenden Gegend zu berücksichtigen. Für das Bedürfniss ist die Bevölkerungszahl des mit dem Orte in Verkehr stehenden Bezirkes in erster Linie massgebend. Wo das Bedürfniss nicht vorhanden ist, soll keine neue öffentliche Apotheke errichtet werden.»

« § 19. Die Bewilligung zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke wird entweder auf den Namen des Apothekers selbst oder des Eigentümers der Lokalität ausgestellt. Letzteres jedoch nur unter dem Vorbehalte, dass der Apotheke eine patentierte Person vorstehe. Die Bewilligung gilt nur für diejenige Person, auf welche sie lautet. Im übrigen gelten die Vorschriften des Gewerbegesetzes, soweit das gegenwärtige Gesetz nicht davon abweicht.

Auch die bereits bestehenden Apotheken dürfen nur von patentierten Apothekern betrieben werden.

Wird von einer erteilten Konzession kein Gebrauch gemacht, so kann der Regierungsrat dieselbe als erloschen erklären.»

In Übereinstimmung damit zählt § 14 des Gesetzes über des Gewerbewesen vom 7. November 1849 unter

den «gewerblichen Anlagen», zu deren Errichtung es einer besonderen an die Beobachtung der bestehenden polizeilichen Vorschriften geknüpften Bau- oder Einrichtungsbewilligung bedarf, auf: «die Apotheken, die Zubereitung und der Verkauf giftiger oder unangenehm riechender Stoffe.»

Am 16. Juni 1897 hat darauf der Regierungsrat des Kantons Bern «in Vollziehung der Art. 13, 14, 16 und 19, Abs. 2 des Medizinalgesetzes» eine Verordnung über die Apotheken und über den Verkauf und die Aufbewahrung von Arzneistoffen und Giften erlassen, deren Art. 2 lautet:

«Art. 2. Die Bewilligung zur Errichtung und selbständigen Führung einer öffentlichen Apotheke wird vom Regierungsrat gemäss Art. 19 des Gesetzes über die Ausübung der medizinischen Berufsarten vom 14. März 1865 und Art. 1 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit des Medizinalpersonals vom 19. Dezember 1877 nur auf Grund eines eidgenössischen Diploms erteilt.

Diese Bewilligung ist eine persönliche und der Inhaber derselben muss entweder Eigentümer oder Pächter der von ihm geführten Apotheke sein.»

Durch Beschluss vom 20. Dezember 1909 ist sodann in Abs. 2 dieser Bestimmung das Wort «Pächter» durch «Mieter» ersetzt worden.

B. Die Rekurrentin Genossenschaftsapotheke Biel besitzt an der Zentralstrasse 45 in Biel eine Apotheke, die bis zum November 1912 an den Apotheker Guillermet und seit da an den heutigen Mitrekurrenten Apotheker Bernard Savoie vermietet war. Infolge einer mit der Konsumgesellschaft Biel getroffenen Abrede beabsichtigte sie, im Einverständniss mit Savoie, diese Apotheke zum Weiterbetriebe an die genannte Genossenschaft abzutreten und kam daher gemeinsam mit der letzteren und Savoie beim Regierungsrat um eine bezügliche Bewilligung ein, in der Meinung, dass die

Leitung des Betriebes einem diplomierten Apotheker, z. Z. Savoie, übertragen und dessen Name in die Firma als Zusatz aufgenommen werde.

Die kantonale Sanitätsdirektion beantragte, dem Gesuche unter diesen Vorbehalten zu entsprechen. Der Regierungsrat trat jedoch diesem Antrage nicht bei und wies mit Beschluss vom 13. Dezember 1913 das Gesuch ab. Eine Motivierung enthält der Beschluss nicht. Doch besteht kein Streit, dass der Regierungsrat sich dabei auf den Art. 2, Abs. 2 der Verordnung vom 16. Juni 1897 stützte, indem er daraus den Schluss zog, dass die Bewilligung zur Führung einer Apotheke auch einem diplomierten Apotheker nur dann erteilt werden dürfe, wenn er selbst der Geschäftsinhaber sei, die Betreibung des Apothekergewerbes auf Rechnung einer nicht diplomierten physischen oder einer juristischen Person daher ausgeschlossen sei.

C. — Gegen diesen Entscheid des Regierungsrates haben die Genossenschaftsapotheke Biel, die Konsumgenossenschaft Biel und Apotheker Savoie mit Eingabe vom 2. Februar 1914 die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen und beantragt: er sei als im Widerspruch zu Art. 31 und 4 BV und zu den bundesrechtlichen Grundsätzen über die Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten stehend aufzuheben und der Regierungsrat anzuhalten, der Konsumgenossenschaft Biel die Bewilligung zu erteilen, unter dem Namen «Konsumapotheke Biel, Verwalter B. Savoie» den Betrieb der Apotheke an der Zentralstrasse 45 in Biel unter dem Vorbehalte zu übernehmen, dass die Verwaltung einem eidgenössisch diplomierten Apotheker, z. Z. B. Savoie, übertragen werde. Die Begründung des Rekurses ist soweit wesentlich aus den nachstehenden Erwägungen ersichtlich.

D. — Der Regierungsrat des Kantons Bern hat auf Abweisung der Beschwerde angetragen und zur Rechtfertigung der angefochtenen Schlussnahme im Wesent-

lichen ausgeführt: Der Betrieb bzw. die Führung einer Apotheke stehe entsprechend der Doppelstellung der Apotheke als Mittels zur Ausübung eines wissenschaftlichen Berufes und als auf die Fabrikation und den Umsatz von Waren gerichteten Gewerbes unter einer doppelten bundesrechtlichen Garantie, nämlich unter derjenigen der Art. 33 und 31 BV. Andererseits gelten dafür auch die in diesen beiden Artikeln vorgesehenen Beschränkungen. Es stehe also den Kantonen frei, die Bewilligung dazu ausser an den Besitz des eidgenössischen Diplomes auch noch an andere Bedingungen zu knüpfen, soweit solche im Interesse des öffentlichen Wohles lägen. Als eine solche Beschränkung erscheine die Bestimmung des Art. 2 der Verordnung vom 16. Juni 1897, wonach die Bewilligung zur Führung einer Apotheke auch diplomierten Apothekern nur dann erteilt werden könne, wenn sie entweder Eigentümer oder Mieter der von ihnen zu führenden Apotheke seien. Es solle dadurch verhütet werden, dass nicht zum Schaden der Volksgesundheit beim Betriebe der Apotheke die geschäftlichen Interessen vor den beruflichen in den Vordergrund träten. Das lasse sich aber nur durch die Vorschrift erreichen, dass der Apotheker, der einer Apotheke vorstehe, zugleich auch deren Inhaber sein müsse. Sei er lediglich unselbständiger Angestellter, so werde immer die Gefahr bestehen, dass bei einer Interessenkollision die rein geschäftlichen Interessen des Dienstherrn den Ausschlag geben. Auch werde ein bloss angestellter Apotheker nicht dieselbe Sorgfalt anwenden, nicht von dem gleichen Verantwortlichkeitsgefühl getragen sein, wie wenn das Geschäft ihm gehörte. Ob in anderen Kantonen abweichende Vorschriften bestünden, sei unerheblich. Es sei Sache der Kantone, wie weit sie in der Einschränkung des Gewerbebetriebes aus Gründen des öffentlichen Wohles gehen wollten. Eine allfällige Diskrepanz zwischen dem bernischen und anderen kantonalen Rechten vermöge daher noch keine Rechts-

ungleichheit im Sinne von Art. 4 BV zu begründen. Ebenso sei es nicht richtig, dass die Verordnung von 1897 dem Medizinalgesetz widerspreche. Auch das Gesetz stehe auf dem Standpunkt, dass eine Apotheke nur von einem diplomierten Apotheker geführt, betrieben werden könne. § 19 Abs. 1 Medizinalgesetz beziehe sich nicht auf den Betrieb, sondern auf die Errichtung einer Apotheke und erkläre sich daraus, dass das Gesetz noch auf den Boden des Konzessionssystems gestanden habe und daher die Errichtung von Apotheken nur in beschränkter Zahl und nach Massgabe des Bedürfnisses statthaft gewesen sei. Er sei daher mit dem Momente obsolet geworden, wo die BV von 1874 dieses System aufgehoben und auch die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten unter Vorbehalt des Befähigungsausweises freigegeben habe, da seitdem die Bewilligung zur Errichtung einer Apotheke den Konzessionscharakter verloren habe und zu einer blossen gewerbepolizeilichen Kontrollmassregel geworden sei. Die Verordnung von 1897 habe demnach nicht neues, dem Gesetze widersprechendes Recht geschaffen, sondern lediglich einen bereits bestehenden Rechtszustand fixiert.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung:

Es mag dahingestellt bleiben, ob Art. 33 BV, wie dies der Bundesrat als frühere Rekursbehörde in dem Entschiede vom 1. Dezember 1903 in Sachen Jucker (BBl 1903 V S. 282 ff.) angenommen hat, die Kantone berechtige, zu bestimmen, dass das Apothekergewerbe überhaupt nur durch patentierte Apotheker, auf den Namen nicht patentierter physischer oder juristischer Personen also auch dann nicht betrieben werden könne, wenn die technische Leitung des Geschäftes von ihnen einem patentierten Apotheker als Angestellten übertragen wird. Entscheidend für das Schicksal des Rekurses erscheint, dass auf alle Fälle das gegenwärtig

geltend bernische Gesetzesrecht nicht auf diesem Boden steht. Denn indem es in § 19 des Medizinalgesetzes bestimmt, dass die Bewilligung zur Errichtung einer Apotheke sowohl auf den Namen des ihr vorstehenden Apothekers als auf denjenigen des Eigentümers der Lokalitäten erteilt werden könne, hat es die Möglichkeit, dass eine Apotheke auf den Namen einer nicht patentierten Person betrieben werde, ausdrücklich zugelassen. Wenn der Regierungsrat diese Bestimmung als obsolet geworden erklärt, weil ihr Grund — die durch die gesetzliche Beschränkung der Zahl der Apotheken mittelst der Bedürfnissklausel bewirkte Wertsteigerung der Liegenschaften, in denen bereits eine Apotheke betrieben worden war, und die Notwendigkeit, diesen Wert dem Eigentümer der Liegenschaft zu erhalten — mit der BV von 1874 dahingefallen sei, so kann dem nicht beigestimmt werden. Ein in Form eines Gesetzes ausgesprochener Rechtsatz kann nur durch ein ihm widersprechendes späteres Gesetz oder allenfalls durch ein seither entstandenes abweichendes Gewohnheitsrecht aufgehoben werden. Die blosse Tatsache, dass die Verhältnisse, welche seine Aufstellung veranlassten, sich geändert haben, nimmt ihm seine Gültigkeit noch nicht. Nachdem eine solche förmliche Aufhebung in Bezug auf die hier in Frage stehende Gesetzesbestimmung nicht dargetan und auch nicht behauptet ist, muss daher davon ausgegangen werden, dass sie nach wie vor in Kraft besteht. Es braucht daher nicht untersucht zu werden, welches die Tragweite des vom Regierungsrat zur Begründung des angefochtenen Beschlusses angerufenen § 2 der Verordnung vom 16. Juni 1897, d. h. ob dessen Sinn wirklich der vom Regierungsrat angenommene sei, (das vom Regierungsrat eingeholte Gutachten Burckhardt zeigt, dass die Bestimmung verschiedener Auslegung fähig ist). Denn wäre dies der Fall, so stände die Verordnung in diesem Punkte mit dem Gesetz in

offenbarem Widerspruch und müsste daher als ungiltig angesehen werden.

Sobald aber einmal die bernische Gesetzgebung es grundsätzlich zulässt, dass eine Apotheke auf Namen und Rechnung einer nicht patentierten Person, nämlich des Eigentümers der Apothekenlokalitäten betrieben werde, sofern er nur für die Leitung des Betriebes einen patentierten Apotheker anstellt, kann das nämliche konsequenter Weise auch demjenigen nicht versagt werden, der, wie dies hier in Bezug auf die Genossenschaftsapotheke bezw. die Konsumgenossenschaft Biel zutrifft nicht Eigentümer der dem Apothekenbetrieb dienenden Räume ist, sondern sie nur gemietet hat. Denn irgendwelcher innere, sachliche Grund, welcher es rechtfertigte, diese beiden Fälle verschieden zu behandeln, besteht nicht und ist denn auch nicht geltend gemacht worden. Insbesondere ist klar, dass der vom Regierungsrat für den gänzlichen Anschluss nicht patentierter Personen von der Betreibung des Apothekergewerbes geltend gemachte Gesichtspunkt — dass nur dann, wenn der die Apotheke leitende Apotheker selbst Geschäftsinhaber sei, die Gefahr des Überwucherns der rein geschäftlichen über die allgemeinen beruflichen Interessen vermieden werden könne — in diesem Zusammenhange nicht zutrifft, weil ja auch da, wo Inhaber des Geschäftes der Hauseigentümer ist, der es leitende Apotheker nur die Stellung eines Angestellten hat. Wenn das Gesetz dem Eigentümer zum Apothekenbetrieb passender Räume ein Recht auf Bewilligung dieses Betriebes gibt, so muss dieses Recht somit auch demjenigen zustehen, der sich solche Räume auf dem Wege der Miete beschafft. Es nur dem Hauseigentümer einzuräumen, bedeutet eine Privilegierung dieses, die vor dem durch Art. 4 BV statuirten Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht Stand halten kann.

Die Beschwerde muss daher schon aus diesem Gesichts-

punkte grundsätzlich geschützt und der angefochtene Entscheid deshalb aufgehoben werden, so dass auf die übrigen von den Rekurrenten angerufenen Rekursgründe nicht weiter eingetreten zu werden braucht. Dagegen muss es anderseits auch bei der Aufhebung des Entscheides sein Bewenden haben und kann dem weiteren Antrage der Rekurrenten, den Regierungsrat im Urteilsdispositiv zur Erteilung der nachgesuchten Bewilligung anzuhalten, keine Folge gegeben werden, da der Anspruch der Rekurrenten auf diese Bewilligung möglicherweise auch noch von der Erfüllung anderer, sanitätpolizeilicher Erfordernisse, welche bis heute nicht geprüft worden sind, abhängen und die Gutheissung der Beschwerde daher nur den Sinn haben kann, dass die Ablehnung des Gesuchs aus den dem angefochtenen Entscheide zu Grunde liegenden Erwägungen verfassungswidrig und daher unstatthaft ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und der damit angefochtene Entscheid des Regierungsrates des Kantons Bern vom 13. Dezember 1913 aufgehoben.

## 22. Arrêt du 2 juillet 1914 dans la cause **Rochaix** contre **Genève**.

Art. 31 Const. féd. — Liberté de commerce et d'industrie.  
Imposition d'une entreprise de cinématographe par 3 à 8 % sur la recette brute. Caractère prohibitif ?

A. — A teneur de la loi du 3 février 1886, incorporée dans la loi générale de 1888 sur les contributions publiques, il est perçu sur tous les spectacles, concerts et exhibitions une taxe, nommée Droit des Pauvres, dont le produit est versé dans la caisse de l'Hospice général; cette taxe est, pour les entreprises permanentes, de 3

à 8 % de la recette brute; le taux est fixé par le Département de Justice et Police, sous réserve de recours au Conseil d'Etat.

Le recourant Charles Rochaix a ouvert le 8 novembre 1913, sous l'enseigne de « Grand Cinéma », une salle de spectacles cinématographiques dont il est propriétaire. Le 20 janvier 1914 le Département de Justice et Police l'a informé qu'il avait fixé à 4000 fr. par an le droit des pauvres à payer pour l'exploitation de cet établissement. Une demande de réduction présentée par Rochaix a été écartée, la taxe étant basée conformément à la loi sur les recettes brutes effectivement encaissées. Rochaix a alors recouru au Conseil d'Etat en faisant valoir que la somme est exagérée, vu que l'entreprise est à ses débuts, que le capital engagé est considérable et que les recettes journalières ne suffisent pas à couvrir les frais d'exploitation.

Par arrêté du 3 mars 1914 le Conseil d'Etat a écarté le recours, la taxe réclamée restant dans les limites légales et son taux ayant été fixé en prenant en considération les circonstances spéciales invoquées par le recourant.

B. — Rochaix a formé un recours de droit public contre cet arrêté. Il expose que les recettes moyennes mensuelles sont de 10 726 fr. 35 et que les dépenses moyennes sont de 11 066 fr. 90, que l'entreprise est ainsi en déficit, que l'impôt réclamé a dès lors un caractère nettement prohibitif, que d'une façon générale une taxe pouvant s'élever à 8 % des recettes brutes est un danger permanent pour n'importe quelle entreprise, et qu'en l'espèce elle empêche l'exploitation rationnelle du Grand Cinéma et condamne à l'insuccès les efforts du recourant. Il conclut donc à ce que le Tribunal fédéral ordonne une expertise pour vérifier l'exactitude des faits allégués et annule comme contraire au principe constitutionnel de la liberté du commerce l'arrêté du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat a conclu au rejet du recours. Il