

Ständerat Prof. René Rhinow
Seltisberg BL

Zur rechtlichen Situation der Selbstdispensation

Einleitende Bemerkungen*

Ziel der nachfolgenden Darlegungen ist es, die Rechtslage im Bereich der Selbstdispensation zu beleuchten, wie sie sich nach dem Urteil des Bundesgerichts vom 25. April 1985 darstellt. Um den Stellenwert der jüngsten Spruchpraxis besser herauschälen zu können, ist es unumgänglich, etwas weiter auszuholen und einige allgemeinere und ausgewählte Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Situation der Selbstdispensation vorzuschicken. Eine umfassende Darstellung der Probleme, die sich im Zusammenhang mit der Selbstdispensation stellen, kann hier nicht erfolgen. Nacheinander sollen drei Fragenkomplexe aufgeworfen werden:

1. Wird die Selbstdispensation von der Verfassung geschützt?
2. Darf die Selbstdispensation von den Kantonen eingeschränkt oder gar verboten werden?
3. Wie sieht die Lage nach dem Entscheid des Bundesgerichts vom 25. April 1985 aus?

* Mit Anmerkungen versehene und leicht modifizierte Fassung eines Referats, das am 9. April 1987 in Luzern vor der Vereinigung der selbstdispensierenden Ärzte der Schweiz gehalten wurde. Der Anmerkungssteil beschränkt sich auf einige Hinweise zur Rechtsprechung und zu weiterführender Literatur.

Ich danke meinem Assistenten, lic. iur. Giovanni Biagini, für seine Mitarbeit.

1. Selbstdispensation als grundrechtlich geschützte Erwerbstätigkeit

1.1.

Der Verkauf von Heilmitteln durch den Arzt stellt zweifellos eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit dar. Es stellt sich deshalb die Frage, ob diese Aktivität durch ein Freiheitsrecht der Bundesverfassung rechtlich geschützt sei. In Betracht fällt in erster Linie die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV).

1.2.

Die Handels- und Gewerbefreiheit (HGF, auch Wirtschaftsfreiheit genannt) ist ein von der Bundesverfassung (BV) gewährleitetes Freiheitsrecht. Diese bestimmt in Art. 31 Abs. 1 BV:

«Die Handels- und Gewerbefreiheit ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet, soweit sie nicht durch die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist.»

Nach Lehre und Rechtsprechung (1) gewährleistet diese Bestimmung jede auf Erwerb gerichtete privatwirtschaftliche, haupt- oder nebenberuflich oder nur gelegentlich ausgeübte Tätigkeit Selbständig- oder Unselbständigerwerbender. Ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird, ist nebensächlich. Ebensovienig fallen die Motive ins Gewicht.

1.3.

Seit jeher zählen deshalb sowohl der Arztberuf in seiner Stammfunktion (Diagnose, Therapie und Prophylaxe von Krankheiten) wie der Apothekerberuf zu den unter den Schutz der HGF fallenden Tätigkeiten. Gleiches gilt für den Verkauf von Heilmitteln, sei es durch

Apotheker, Ärzte, Drogisten oder durch Dritte (2). Berufsethische oder traditionelle Gesichtspunkte sind im Hinblick auf Art. 31 Abs. 1 BV irrelevant.

Wir können somit festhalten, dass der Arzt einen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf Selbstdispensation besitzt.

1.4.

Die HGF gewährleistet dem Grundsatz nach die freie Wahl und die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit.

Es ist dem einzelnen grundsätzlich überlassen zu entscheiden, ob er überhaupt eine Tätigkeit ausüben will, aber auch, welcher Art diese Tätigkeit sein soll. Jede Beschränkung der Zahl der eine bestimmte Tätigkeit Ausübenden (Numerus clausus bzw. Bedürfnisklausel) ist unzulässig, die Zulassung soll frei sein. Das gleiche gilt für jede Einschränkung, mit welcher eine Tätigkeit von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Die HGF schützt folglich den grundsätzlichen Entscheid, ob ein Arzt Heilmittel verkaufen will, und die konkrete Ausübung dieser Erwerbstätigkeit.

1.5.

Nun gewährleistet die Bundesverfassung die HGF als Freiheit der individuellen wirtschaftlichen Betätigung und Entfaltung nicht grenzenlos. Wie jedes Freiheitsrecht kennt auch die HGF Einschränkungen, was Art. 31 Abs. 1 BV ausdrücklich sagt («... soweit sie [die HGF] nicht durch die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist.»). Die traditionelle Lehre und Rechtsprechung (vor allem für die Kantone) haben dabei ein System von

Vorbehalten, Schranken und Ausnahmen aufgebaut, das nicht leicht zu durchschauen und zu verstehen ist. Dies erklärt auch die Schwierigkeiten der Gerichte mit dieser Thematik und den Gutachterstreit im Zusammenhang mit der Selbstdispensation.

1.6.

Unter welchen Voraussetzungen darf die HGF von den Kantonen beschränkt werden? (Ich klammere die Rechtslage auf Bundesebene aus.)

Das Bundesgericht verlangt in konstanter Rechtsprechung, dass «Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit auf gesetzlicher Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Rechtsgleichheit beachten» (3).

Die HGF darf demnach nur aufgrund eines *Gesetzes* eingeschränkt werden. Dabei genügt unter Umständen auch eine blosser Verordnung, sofern diese ihre Grundlage ihrerseits in einem formellen Gesetz findet, d. h. in einem Rechtsatz, der vom Parlament erlassen wurde und dem Referendum unterstand.

Die HGF darf als Freiheitsrecht zu dem nur eingeschränkt werden, wenn dies durch ein überwiegendes *öffentliches Interesse* gerechtfertigt erscheint: Als klassische Motive einer Einschränkung gelten wirtschaftspolizeiliche Zielsetzungen entsprechend dem Kompetenzbereich der Kantone.

Wirtschaftspolizeiliche Massnahmen bezwecken den Schutz der sog. Polizeigüter (öffentliche Sittlichkeit, Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) durch Abwehr von Gefahren, die aus der wirtschaftlichen Betätigung erwachsen können. So schützt die Gesundheitspolizei die Rechtsgüter Leben und Gesundheit u. a. vor den Gefahren des Heilmittelverkaufs; die Handelspolizei Treu und Glauben im

Geschäftsverkehr durch Schutz vor unlauteren Geschäftspraktiken.

Verboten sind nach herrschender Auffassung sog. «wirtschaftspolitische» Beschränkungen der HGF.

Das Bundesgericht versteht unter *Wirtschaftspolitik*

«Massnahmen, die in die freie Konkurrenz zur Sicherung oder Förderung gewisser Erwerbszweige oder Betriebsarten eingreifen und das wirtschaftliche Geschehen planmässig lenken» (4).

1.7.

Bei der *Abgrenzung* von Massnahmen der Wirtschaftspolizei von solchen der Wirtschaftspolitik ergeben sich Unschärfen. Das gesundheitspolizeilich motivierte Verbot der Ausübung des Arztberufes ohne eidgenössischen Fähigkeitsausweis hat den wirtschaftspolitischen Nebeneffekt des Konkurrenzschutzes (z. B. vor Naturheilmännern). Ähnliches kann für polizeiliche Beschränkungen des Heilmittelverkaufs gelten.

Nachdem das Bundesgericht den Polizeibegriff zunächst fortschreitend ausgeweitet hatte, kehrte es 1971 in einem vielbeachteten Entscheid zum engen Begriff der Gefahrenabwehr zurück, schuf aber gleichzeitig eine dritte Kategorie von Massnahmen unter dem Begriff der *Sozialpolitik* (5). Darunter sind nach Auffassung von *Saladin* (6) Vorschriften zu verstehen, die nicht oder nicht in erster Linie auf Gefahrenabwehr, sondern «vielmehr auf die Förderung des geistigen, körperlichen und seelischen Wohlbefindens und auf die Bereicherung des individuellen Lebens» ausgerichtet sind. Dem Erfordernis des öffentlichen Interesses wird nur Genüge getan, wenn die sozialpolitische Massnahme einem allgemein anerkannten Bedürfnis, etwa infolge der technischen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung, entspricht und wenn sie nicht den primären Zweck hat, in die freie Konkurrenz einzugreifen.

1.8.

Das anerkannte öffentliche Interesse allein genügt jedoch noch nicht. Es ist zu prüfen, ob dieses öffentliche Interesse das entgegenstehende, legitime, private Interesse an der Freiheitsausübung wirklich überwiegt. Es geht also um die Vornahme einer Güter- oder Interessenabwägung. Nur wenn das qualifizierte öffentliche Interesse an der Grundrechtseinschränkung stärker zu gewichten ist, ist der Eingriff zulässig. Im Rahmen dieser Prüfung ist auch zu untersuchen, ob die staatlichen Massnahmen effektiv *notwendig* und vor allem *geeignet* sind, den angestrebten Zweck zu erreichen. Ungeeignete Vorkehrungen oder über das Ziel hinausschiessende Eingriffe sind verfassungsrechtlich nicht haltbar.

Schliesslich ist noch eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen: der Grundrechtseingriff ist nur haltbar, wenn das gewählte Eingriffsmittel dem angestrebten Zwecke angemessen ist, wenn also eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegt. Auch der durch ein überwiegendes öffentliches Interesse legitimierte Eingriff kann eine Grundrechtsposition übermässig hart treffen und deshalb unzumutbar sein. Zudem darf der Eingriff nicht gegen die Rechtsgleichheit verstossen.

1.9.

Zusammenfassend: Die Selbstdispensation ist als private Erwerbstätigkeit von der HGF geschützt. Die HGF kann jedoch unter bestimmten Voraussetzungen beschränkt werden. Hierzu sind erforderlich: eine kantonale gesetzliche Grundlage (die in aller Regel bei der Selbstdispensation vorhanden ist), ein qualifiziertes öffentliches Interesse (Massnahmen, die den Wettbewerb ausschalten, sind grundsätzlich verpönt) sowie eine Güterabwägung mit der privaten Grundrechtsposition. Der Eingriff muss sich zudem als verhältnismässig und rechtsgleich erweisen.

2. Zur Zulässigkeit kantonaler Beschränkungen der Selbstdispensation

2.1.

Ein kantonales Gesetz, das die Selbstdispensation verbietet oder nur unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erklärt, muss die erwähnten Voraussetzungen erfüllen. Von vorneherein unzulässig wäre etwa eine Regelung, die allein aus strukturpolitischen Erwägungen dem Schutze anderer Berufszweige dienen würde, also vor allem dem Apothekergewerbe. Die Tatsache, dass die Selbstdispensation zu Erwerbseinbussen anderer Heilmittelverkäufer führen kann, rechtfertigt keine Einschränkungen. Hier würde es sich um einen verpönten, sog. «wirtschaftspolitischen» Eingriff in die HGF handeln.

2.2.

Doch welche anderen Gründe können als polizeiliche oder sozialpolitische anerkannt werden? Ich habe mich in zwei Gutachten ausführlich zu dieser Problematik geäußert und möchte an dieser Stelle – im Sinne eines kurzen Résumés – bloss auf die wichtigsten Aspekte eintreten. Vorerst aber ist auf eine wichtige Unterscheidung hinzuweisen. Auch wenn man mit guten Gründen zum Schluss gelangen sollte, gewisse Erwägungen gesellschaftspolitischer Natur würden für die Beschränkung der Selbstdispensation sprechen, so bedeutet dies noch nicht automatisch, dass damit ein ausreichendes öffentliches Interesse im vorgenannten Sinn vorliege. Man kann also – rechtlich gesehen – durchaus die politische Vernünftigkeit gewisser Überlegungen anerkennen, die gegen die unbegrenzte Selbstdispensation gerichtet sind, und trotzdem zum – verfassungsrechtlichen – Schluss gelangen, diese erfüllten die qualifizierten Voraussetzungen, die für einen Grundrechtseingriff verlangt werden, nicht. Umgekehrt formuliert: Man muss den Erwägungen

der «Gegner» der Selbstdispensation nicht jegliche Vernünftigkeit absprechen, um zum Schluss zu gelangen, ein gänzlich oder partielles Verbot der Selbstdispensation sei als verfassungswidrig zu qualifizieren. Die gesundheitspolitische Diskussion wird also nicht «aufgesogen» von der verfassungsrechtlichen Beurteilung.

2.3.

Keine verfassungsrechtlich stichhaltigen Argumente gegen die Selbstdispensation stellen m. E. dar:

- Die unterschiedliche *Ausbildung* von Ärzten und Apothekern, weil diese bei der Abgabe der in aller Regel konfektionierten Heilmittel nicht von Relevanz erscheint. Der Arzt behält die ungeteilte Verantwortung für richtige Therapie und Verschreibung so oder so.
- Damit verbunden: Die spezifische Ausgestaltung des (eidgenössischen) *Fähigkeitsausweises*, der weder Ärzte noch Apotheker auf bestimmte, fixierte Berufsbilder festschreibt.
- Das berühmte *Kontrollargument*. Ich möchte hier nicht auf den Streit eingehen, wie wirkungsvoll die Apotheken die Verschreibungen durch die Ärzte überprüfen. Jedenfalls kommt dem Apotheker in aller Regel keine Rechtspflicht zur Kontrolle zu, und er nimmt dem Arzt auch keine Verantwortung ab. Die Doppelkontrolle fehlt im übrigen bei der Selbstmedikation, ohne dass hier je Remedur verlangt worden wäre. Wichtig erscheint mir vor allem, dass nicht erwiesen, ja nicht einmal ernsthaft behauptet worden ist, in Kantonen mit Selbstdispensation sei der Anteil an fehlerhaften Verschreibungen höher als in anderen Kantonen. Zudem trägt der Patient heute eine Mitverantwortung beim Heilmittelkonsum; er kann und soll die beigelegten Gebrauchsanweisungen

lesen und die ärztlichen Anweisungen mit dem Rezept vergleichen.

2.4.

Ebensowenig ist die früher zuweilen vertretene Auffassung haltbar, der Arzt müsse sich aus ethischen Gründen, also zur *Reinhaltung seiner Berufsfunktion*, aus dem Handel heraushalten. Die Abgabe von Spezialitäten ist nichts Ehrenrühriges und verträgt sich wohl mit der eigentlichen ärztlichen Tätigkeit.

2.5.

Schliesslich hat man auch ökonomische Gründe ins Feld geführt, um gegen die Selbstdispensation zu argumentieren. Zuweilen wird der Vorwurf erhoben, die Selbstdispensation führe zu einer *Verteuerung des Gesundheitswesens*, weil der Arzneimittel abgebende Arzt an einem «grösstmöglichen» Umsatz interessiert sei und somit – tendenziell – eher zu Medikamenten mit höheren Preisen (und Margen) oder mit grösserer Dosierung greife. Gilt hier nicht auch der Satz, dass man mit der richtigen Auswahl der – oft mangelhaften – Daten alles nachweisen kann? Immerhin möchte ich auf eine neueste Tabelle hinweisen, die mir zufälligerweise vor kurzem in den Mitteilungen der Krankenkasse Helvetia begegnet ist (7). Dort sind die von der Krankenkasse im Jahre 1985 vergüteten Arzneikosten pro Mitglied in eine Relation zur Apothekendichte gesetzt worden. Dabei fällt auf, dass die Kantone mit der grössten Dichte (und ohne resp. mit eingeschränkter Selbstdispensation) die höchsten Pro-Kopf-Kosten aufweisen (welsche Kantone, Tessin, Basel-Stadt), während umgekehrt diejenigen mit der kleinsten Apothekendichte (und mit Selbstdispensation) weit unter dem Durchschnitt liegen.

Ich will damit nicht behaupten, diese Tabelle allein sei nun schlüssig. Aber die umgekehrte These ist jedenfalls nicht haltbar, aus Gründen der Kosteneinsparung müsse die

Selbstdispensation zwingend verboten oder begrenzt werden.

2.6.

Die wohl heikelste Frage betrifft die *Versorgung* der Bevölkerung mit Arzneimitteln. Dieser Aspekt ist ja auch vom Bundesgericht stark gewichtet worden (8).

Die Sicherstellung einer ausreichenden und sicheren Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln gehört zweifellos zu den vorrangigen Aufgaben des Gemeinwesens und stellt insofern ein gesundheitspolitisches und gesundheitspolizeiliches öffentliches Interesse dar. Zu prüfen ist aber, ob aus Gründen der Versorgungssicherheit und Versorgungszuverlässigkeit die Abgabe von Medikamenten durch Ärzte eingeschränkt werden kann oder gar muss. Dabei ist zu differenzieren zwischen der Gefahr einer suboptimalen Arzneimittelversorgung im Einzelfall infolge des beschränkten Sortimentes des selbstdispensierenden Arztes einerseits und der unterschiedlichen Angebotssituation auf dem Arzneimittelmarkt durch Anzahl und Verteilung öffentlich zugänglicher Apotheken andererseits.

Was die angeblich *suboptimale Arzneimittelversorgung im Einzelfall* anbetrifft, so klammere ich den immer wieder vorgebrachten Einwand aus, der notwendigerweise *limitierte Vorrat an Medikamenten* beim selbstdispensierenden Arzt führe diesen in Versuchung, anstelle des optimalen Arzneimittels, das nicht greifbar sei, ein gerade in seinem Lager verfügbares Medikament abzugeben. Dieser «Vorwurf» unterstellt dem ganzen Berufsstand ein unehrenhaftes Verhalten, was nicht nur unhaltbar, sondern m. E. auch unerhört ist. Zudem ist über allfällige Missbräuche nichts bekannt und nichts nachgewiesen; namentlich konnte kein Unterschied in der Sorgfalt der ärztlichen Behandlung zwischen Selbstdispensationskantonen und anderen Kantonen oder gar zwischen Kantonsteilen mit unter-

schiedlichem System festgestellt werden.

Die Versorgungslage auf dem Arzneimittelmarkt kann durch die Selbstdispensation insofern verändert werden, als sich die *Anzahl* der in einem Kanton oder in einer Region *existierenden Apotheken verringert*. Nun liegt es zweifellos im Interesse einer optimalen Versorgung mit Heilmitteln, dass diese für den Nachfrager rasch und ohne unzumutbaren Aufwand erhältlich sind. Sollte dieses Ziel gefährdet sein, so könnte darin in der Tat ein öffentliches Interesse liegen, das Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen vermag. Diese Beurteilung kann aber nicht abstrakt vorgenommen werden, sondern hat sich auf konkrete Umstände abzustützen. Jedenfalls ginge es nicht an, aus dem blossen Umsatzrückgang bei Apotheken oder aus der «ungünstigen» Verteilung öffentlich zugänglicher Apotheken über ein bestimmtes Gebiet automatisch auf eine schlechte Versorgungslage zu schliessen.

2.7.

Folgende Faktoren sind m. E. zu berücksichtigen:

- Einmal garantiert das System der Selbstdispensation insofern eine optimale Versorgung, als das *Netz praktizierender Ärzte bedeutend enger geknüpft ist als dasjenige der Apotheken*. Im «Normalfall» ist das notwendige Medikament beim Arzt unmittelbar, folglich mit bedeutend geringerem Aufwand greifbar als beim Apotheker. Hievon mögen rein städtische Gebiete ausgenommen sein.
- Für den Patienten ist es in aller Regel von Vorteil, wenn er *das passende Medikament vom Arzt direkt erhält* und nicht einen weiteren Gang zum Apotheker unternehmen muss. Gerade in Regionen, die mit öffentlichen Verkehrsmitteln nicht «verwöhnt» sind, kann der doppelte Weg zum Arzt und zum Apotheker

umständlich und mühsam sein. Beim System der Selbstdispensation beschränkt er sich auf die «Verschreibungsfälle», wenn das richtige Medikament beim Arzt nicht greifbar ist. Es kommt hinzu, dass auch die Apotheken zuweilen nicht an Lager befindliche Medikamente bestellen müssen und somit dem Patienten ein dritter Gang zugemutet wird.

- Das bedeutend grössere – aber doch auch unvollständige! – Angebot von Arzneimitteln, das die Apotheken im Vergleich zum Arzt aufzuweisen haben, nützt dem *direkt an die Apotheken gelangenden Kunden* wenig. Er hat die Übersicht über die auf dem Markt verfügbaren Heilmittel nicht, so dass sich sein Interesse auf die der Rezeptpflicht nicht unterstellten und ihm mit Werbung «nahegelegten» Mittel beschränkt. Für alle anderen Medikamente ist er auf die Vermittlung des Arztes angewiesen.
- Eine breite Streuung von Apotheken erweist sich jedoch insofern als von Vorteil, als die *Selbstmedikation erleichtert* wird. Wo die Einschaltung eines Arztes nicht erforderlich erscheint, kann der durch die Selbstdispensation bedingte kleinere Bestand von Apotheken für den Kunden nachteilig sein. Er hat bis zur nächsten Apotheke grössere Distanzen zurückzulegen. Die Förderung der Selbstmedikation weist aber auch Nachteile auf, die hier nicht näher zu beleuchten sind.
- Die grössere Dichte von Apotheken ist ferner für diejenigen Patienten von Vorteil, die sich ein Medikament beschaffen müssen, das vom selbstdispensierenden Arzt wegen *fehlender Lagerhaltung* nicht abgegeben werden konnte.
- Bei *Argumenten der «geographischen Distanz»* ist generell Vorsicht geboten. Schematische Annahmen (z. B. 5-km-Entfernung von der nächsten Apotheke etc.)

liegen regelmässig schief, weil sie die tatsächliche Erreichbarkeit aufgrund des Verkehrsnetzes (z. B. des Ausbaustandes des öffentlichen Verkehrs) und angesichts der heutigen Verkehrsgeohnheiten nicht berücksichtigen. Auch eine Berechnungsweise, die vor den Grenzen eines Kantons Halt macht, ist fragwürdig, pflegt sich doch der Patient beim Arzt- oder Apothekenbesuch nicht um politische Grenzen zu kümmern.

2.8.

Zusammenfassend erachte ich das Argument der Versorgungssicherheit grundsätzlich als geeignet, Beschränkungen der Selbstdispensation zu legitimieren, sofern die Versorgungslage anders nicht sichergestellt werden kann. Aber an den Nachweis einer gestörten Versorgungslage sind hohe Anforderungen zu stellen, und es ist der Nachweis zu führen, dass nur gerade durch die Einschränkung der Selbstdispensation die unerlässliche Versorgung sichergestellt werden kann. Der blosser Hinweis auf eine «suboptimale» Streuung der Apotheken ist ebensowenig ausreichend wie die Tatsache der unterschiedlichen Sortimentgrösse. Keineswegs aber kann das Argument der Versorgung m. E. generell und abstrakt zu einer Einschränkung der Selbstdispensation führen. Die Abwägung der verschiedenen Gesichtspunkte ist konkret und fundiert vorzunehmen. Namentlich ist auch das Interesse vieler Patienten an der sofortigen Verfügbarkeit von Medikamenten dem Interesse gegenüberzustellen, in besonderen selteneren Fällen – trotz Selbstdispensation – mit Rezept eine nahegelegene Apotheke aufsuchen zu können.

3. Zur Bedeutung der neuesten Urteile des Bundesgerichts

Wie wird die Rechtslage bezüglich Selbstdispensation in der neuesten

höchstrichterlichen Gerichtspraxis umschrieben? Es liegen zwei neue Bundesgerichtsentscheide sowie ein Urteil des aargauischen Verwaltungsgerichts vor.

3.1.

Im Entscheid *Meuwly* (9) ging es um folgenden Sachverhalt: Im Kanton Freiburg ist den Ärzten die Führung einer Privatapotheke grundsätzlich untersagt. Eine Bewilligung kann aber erteilt werden bei weiter Entfernung einer öffentlichen Apotheke. Einem Arzt wurde die im Jahre 1968 erteilte Ausnahmebewilligung 1983 entzogen, weil nun eine öffentliche Apotheke im Umkreis von 5 km der Arztpraxis eröffnet wurde. Das Bundesgericht hat diese Anordnung letztinstanzlich geschützt.

Was ist aus der Begründung dieses Urteils festzuhalten? Zuerst drei positive Erwägungen. Einmal hält das Bundesgericht mit aller Deutlichkeit fest, dass auch der Verkauf – auch der nebenberufliche – von Heilmitteln der HGF untersteht. Zweitens ist der unterschiedliche *Fähigkeitsausweis* von Arzt und Apotheker kein Grund für die Einschränkung der Selbstdispensation. Drittens anerkennt das Bundesgericht, dass die sog. *Doppelkontrolle* allein das Verbot der Selbstdispensation kaum zu rechtfertigen vermöge. Immerhin verdiene es eine gewisse Beachtung.

Das Gericht stützte seinen Entscheid in erster Linie auf das *Erfordernis der breiten Streuung von Apotheken*, die allein der Bevölkerung einen freien Zugang zu den unzähligen Medikamenten ermöglichen. Wörtlich wird ausgeführt:

«Es ist davon auszugehen, dass die Selbstdispensation zu einer Verminderung der Zahl der öffentlichen Apotheken führt. Es besteht klarerweise ein Zusammenhang zwischen Selbstdispensation und Dichte des Apothekennetzes in dem Sinn, als in Kantonen mit Selbstdispensation die Zahl der Apotheken pro Einwohnerzahl geringer ist (Pierre Gygi/Heiner Henny, Das Schweizerische Gesundheitswesen, 2. Aufl. 1977, S. 110/11). Wohl hat die

Selbstdispensation für den Patienten den Vorteil, dass er nach dem Arztbesuch nicht noch die Apotheke aufsuchen muss, um zu den verordneten Medikamenten zu gelangen; dieser Vorteil verliert jedoch an Bedeutung, wenn sich eine öffentliche Apotheke in der näheren Umgebung befindet. Viel mehr ins Gewicht fällt der Hauptnachteil der Selbstdispensation: der selbstdispensierende Arzt hat nur eine beschränkte Auswahl an Medikamenten am Lager. In allen Fällen, wo er das notwendige Medikament nicht zur Verfügung hat, ist der Patient auf die öffentliche Apotheke angewiesen. ... Der Patient hat darum ein Interesse daran, eine öffentliche Apotheke in der Nähe zu finden. Ein genügend dichtes Netz öffentlicher Apotheken kann auch darum wünschbar sein, weil die Bevölkerung sich so auf einfachere Weise diejenigen Medikamente beschaffen kann, für die keine Rezeptpflicht besteht (IKS-Liste C). Für bestimmte Medikamente (der IKS-Liste B) besteht sodann die Möglichkeit, die Erneuerung eines Rezeptes ohne Arztbesuch in der Apotheke zu erlangen.

Wenn der Kanton Freiburg durch das grundsätzliche Verbot der Selbstdispensation eine geographische Streuung der Apotheken gewährleisten will, kommt dies daher der Gesamtheit der Bevölkerung zugute und liegt im öffentlichen Interesse (vgl. BGE 99 Ia 367/7 E. a.)» (10)

3.2.

An diesen Erwägungen ist auffallend, dass das Gericht die Versorgungssicherheit recht pauschal begründet. Es übernimmt die These von der nachteiligen, beschränkten Auswahl von Medikamenten in der Privatapotheke unbesehen, ohne sich zu fragen, ob die *direkte und rasche Versorgung* durch den selbstdispensierenden Arzt nicht in der überwiegenden *Mehrzahl der Fälle*, also der Konsultationen, dem Patienten besser diene als die Verfügbarkeit einer nahen öffentlichen Apotheke in *wenigen Ausnahmefällen*. Ich kann hier nicht mit Zahlen aufwarten, aber ich gehe davon aus, dass der Lagerbestand der ärztlichen Privatapotheken in den meisten Fällen ausreicht und

die Verschreibung sich nur relativ selten als nötig erweist. Die ganze Argumentation hängt also an einem Faden, nämlich am Interesse an der Versorgung mit Medikamenten, die ausnahmsweise nicht in der Privatapotheke vorhanden sind.

Übergangen wird der Gedanke, dass ja die Selbstdispensation – in umgekehrter Blickrichtung – zu einer *Verbesserung der ärztlichen Versorgung* führen kann. Ich will nicht behaupten, dass die Selbstdispensation für den praktizierenden Arzt das ausschlaggebende Motiv für die Eröffnung einer Praxis darstellt. Aber es kann doch auch, gerade in abgelegeneren Gebieten mit einem kleineren Einzugsgebiet, eine Rolle spielen. Die Untersuchung hätte sich m. a. W. nicht nur auf die Heilmittelversorgung, sondern auf die medizinische Versorgung insgesamt, mit Einschluss der Arztpraxen, erstrecken sollen.

Weiter ist zu kritisieren, dass das Bundesgericht mit keinem Wort auf das *grundrechtliche Interesse der Ärzte* eingeht. Es verzichtet auf die notwendige Interessenabwägung zwischen eingriffslegitimierendem Interesse und grundrechtlich geschützter Rechtsposition. Es nimmt auch keine ernsthafte Prüfung der *Verhältnismässigkeit* vor, denn sonst hätte es prüfen müssen, ob zur Behebung des gerügten Mangels nicht andere, mildere Wege zur Verfügung stünden als das Verbot der Selbstdispensation. So könnte doch geprüft werden, ob den selbstdispensierenden Ärzten ein Minimallagerbestand mit den gebräuchlichen Medikamenten vorzuschreiben wäre, so dass die Verschreibung zum absoluten Ausnahmefall würde. Oder es wäre abzuklären, ob Ärzte fehlende Medikamente nicht auch – wie übrigens die Apotheken – innert Stunden beschaffen könnten, so dass auch seltenere Heilmittel rasch verfügbar wären. Das sind Fragen eines Juristen und medizinischen Laien – aber es sind Fragen, die sich bei

einem Freiheitsrechtseingriff stellen und beantwortet werden müssen.

Das Bundesgericht beschränkt sich auf die lapidare Aussage, die Beschränkung der Selbstdispensation sei *nicht unverhältnismässig*. Eine Begründung liefert es nicht. Offen lässt es, ob die 5-km-Regel verhältnismässig sei, weil es diese Frage im konkreten Fall nicht zu prüfen hatte. Das Gericht fügt – ebenfalls ohne nähere Begründung – den sibyllinischen Satz hinzu, die Beschränkung der Selbstdispensation betreffe «im übrigen ... nicht das Haupttätigkeitsgebiet des Beschwerdeführers, das sich von demjenigen des Apothekers» (11) unterscheidet. Die HGF schützt jedoch auch die nebenberufliche Erwerbstätigkeit, so dass dieser Hinweis an der Sache vorbeigeht. Er ist allenfalls für die Frage der individuellen Zumutbarkeit, nicht aber generell von Relevanz. Zudem wären auch hier – wenn schon – konkretere Abklärungen nötig, denn auch der Beruf des Apothekers besteht ja nicht primär im Verkauf konfektionierter Heilmittel aufgrund ärztlicher Rezepte.

3.3

Schliesslich wäre doch zu fragen, ob die pauschale Gleichung «weniger Selbstdispensation – mehr Apotheken» in dieser Allgemeinheit überhaupt als Argument herangezogen werden darf. An anderer Stelle des Urteils heisst es sogar, die Selbstdispensation habe «verschiedene Nachteile» (sic!) und sei geeignet, die «Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten zu beeinträchtigen, weil sie tendenziell zu einer Verminderung der Zahl der Apotheken führt» (12). Was geschieht aber, wenn in einer Ortschaft eine Apotheke und eine Praxis – eventuell sogar mehrere Praxen – mit Selbstdispensation zu bestehen vermögen? Dem Verbot der Selbstdispensation fehlt doch jegliche Rechtfertigung, wenn die Versorgung mit mindestens einer

Apotheke in der Nähe sichergestellt ist.

Das Gericht hat m. E. das *Verhältnis von Regel und Ausnahme umgekehrt*. Die freiheitsrechtlich geschützte freie Medikamentenabgabe ist die Regel. Beschränkungen aufgrund von konkreten, stichhaltigen, nachgewiesenen Überlegungen der Versorgungssicherheit sind die Ausnahme. Also sollte der Kanton die Selbstdispensation nicht generell durch Gesetz verbieten (und allenfalls in Ausnahmefällen, aus Versorgungsmotiven, bewilligen) dürfen; er muss m. E. die Selbstdispensation vielmehr im Regelfall zulassen. *Er ist zur Einschränkung nur befugt, soweit und solange, regional und zeitlich, ein Eingriff aus Gründen der Versorgung unausweichlich erscheint – und auch dies nur, wenn keine milderen Massnahmen zum gleichen Ziel führen*. Die Umkehrung dieser Sicht führt letztlich zur Strukturpolitik, weil das Selbstdispensationsverbot mithilft, auch dann die Existenz von Apotheken zu begünstigen, wenn dies für die notwendige Versorgung gar nicht zwingend erscheint.

3.4.

Im zweiten, hier vorzustellenden Urteil des Bundesgerichts vom 9.6.1986 i. S. *Studer* (13) bestätigt das Bundesgericht – es ist wiederum die 2. öffentlichrechtliche Abteilung, diesmal in Dreier-, nicht Fünferbesetzung – seine vor Jahresfrist eingeschlagene Linie. Wörtlich führt es hier aus:

«Das öffentliche Interesse, das mit dem Verbot der Selbstdispensation erreicht werden soll, ist die regional gute Versorgung mit Apotheken, die der Gesundheitspflege besser dient als die (auf kleine Sortimente beschränkte und mit andern Nachteilen – z. B. Wegfall der doppelten Kontrolle – verbundene) Selbstdispensation durch Ärzte.» (14)

Ich gehe nicht auf die wiederum oberflächliche und unbegründet hingeworfene «Verurteilung» der Selbstdispensation ein. (Was heisst «andere Nachteile, zum Beispiel

Wegfall der doppelten Kontrolle») Denn dieses Urteil bringt in anderer Hinsicht doch gewisse Korrekturen. Es ging hier um die Ablehnung einer Bewilligung zur Selbstdispensation in Visperterminen, wo weit und breit keine Apotheke existiert. Gerügt wurde im Prozess vom Arzt nicht das auch im Wallis bestehende grundsätzliche Verbot der Selbstdispensation, sondern die Verweigerung der Ausnahmegewilligung im konkreten Fall.

Das Gericht anerkennt hier, dass das öffentliche Interesse an einer guten medizinischen Versorgung u. U. auch verlangen kann, dass die Selbstdispensation im Einzelfall zugelassen wird. Dies treffe zu, «sobald keine Apotheke in angemessener Distanz vorhanden ist, besonders wenn dadurch auch noch die ärztliche Versorgung selbst in Frage gestellt wird, weil etwa an einem abgelegenen Ort die Lebensfähigkeit einer Arztpraxis von der Möglichkeit der Selbstdispensation abhängt» (15).

Damit wird mit Recht der Blick auf die medizinische Versorgung insgesamt ausgedehnt. Das Gericht rügt im weiteren die Vorinstanz, sie habe keine ausreichende Interessenabwägung vorgenommen. Namentlich sei «von dem durch die HGF grundsätzlich geschützten Interesse des Beschwerdeführers an der Selbstdispensation nicht die Rede» (16). Das liest man mit Interesse, kritisiert das Bundesgericht damit doch auch sein eigenes Urteil i. S. *Meuwly*, wo dieses Grundrechtsinteresse mit keinem Wort erwähnt wird. Der Tatsache, dass die nächste Apotheke 10 km entfernt ist, misst das Gericht grosse Bedeutung zu; die Beschaffung von Medikamenten per Post oder durch Abholung sei unzumutbar, was für die Selbstdispensation spreche. Nicht entscheidend sei dagegen die Gefahr, dass der Arzt «bei der Verschreibung nicht frei» sei; und von untergeordneter Bedeutung erweise sich der sog. «Vorteil der Doppelkontrolle».

3.5.

Auf ein Urteil des aargauischen Verwaltungsgerichtes vom 28.10.86 i. S. *Enggist* und *Gerth* ist hier nicht näher einzugehen. Grundsätzlich fördert es keine neuen Aspekte zu Tage. Das Gericht schliesst sich der bundesgerichtlichen Auffassung in der allgemeinen Marschrichtung an, wenn auch zum Teil mit einer etwas abweichenden, jedenfalls ausführlicheren Begründung. Auffallend ist auch hier einerseits die kritiklose Übernahme der These, «je mehr Apotheken, desto besser die Versorgung der Bevölkerung», was vor allem auch mit der Versorgung mit nichtrezeptpflichtigen Medikamenten begründet wird. Andererseits wird eine «allgemeine Lebenserfahrung» beschworen, welche besagt, die Freigabe der Selbstdispensation führe eher zu einer Erhöhung als zu einer Reduktion der Medikamentenkosten.

Immerhin schützt das Gericht zu Recht die Praxis der kantonalen Behörden, bei der Bewilligung der Selbstdispensation nicht auf die schematische «Kilometer-Regelung» abzustellen, sondern auf die *Funktion der Selbstdispensation zur Sicherstellung einer ausreichenden Medikamentenversorgung* der betroffenen Bevölkerung. Dabei spielen weniger die theoretischen Distanzen als der Erschliessungsgrad mit öffentlichen Verkehrsmitteln eine ausschlaggebende Rolle.

4. Schlussbemerkungen

Wie präsentiert sich nun die Rechtslage?

4.1.

Unbestritten ist, dass die Selbstdispensation eine *von der HGF geschützte Erwerbstätigkeit* darstellt.

4.2.

Die Kantone können diese Freiheit aufgrund eines Gesetzes und mit polizeilicher und sozialpolitischer Zielsetzung *einschränken*. Die aus-

reichende Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten gilt als öffentliches Interesse, das Beschränkungen der Selbstdispensation grundsätzlich zu rechtfertigen vermag.

4.3.

Das Gericht legt seiner Praxis die Annahme zugrunde, ein *dichtes Netz öffentlicher Apotheken* sei oberstes gesundheitspolitisches Gebot und die Zulassung der Selbstdispensation führe tendenziell zu einer Verminderung der Zahl der Apotheken. Deshalb dürfen die Kantone die Selbstdispensation grundsätzlich verbieten.

4.4.

Die Selbstdispensation muss jedoch – im Einzelfall – dann *zugelassen* werden, wenn anders die *Versorgung der Bevölkerung* mit Arzneimitteln nicht auf zumutbare Weise sichergestellt werden kann. Dieses Recht gilt jedoch nur auf Abruf und erlischt im Falle der Eröffnung einer Apotheke in der unmittelbaren Umgebung.

4.5.

Von den weiteren *Argumenten*, die *gegen die Selbstdispensation* ins Feld geführt werden, spricht das Gericht dem Vorteil der Doppelkontrolle eine gewisse, allerdings nicht ausschlaggebende Bedeutung zu. Standespolitische Erwägungen werden nicht anerkannt. Die unterschiedlichen *Fähigkeitsausweise* von Arzt und Apotheker vermögen eine Beschränkung der Selbstdispensation nicht zu legitimieren. Die angebliche Gefahr einer fehlenden «inneren» Freiheit des Arztes bei der Medikamentenabgabe wird als nicht entscheidend bezeichnet.

4.6.

Es bleibt also – per Saldo – beim *Versorgungsargument*. Hier wäre allerdings m. E. der Stiel umzudrehen. Ich wende mich nicht gegen die Anschauung, dass u. U. durch Einschränkungen der Selbstdispensation die Versorgungslage verbessert werden kann. Aber: Der kantonale Gesetzgeber hätte von der

Freiheit zur Selbstdispensation auszugehen und Möglichkeiten zu deren *Einschränkung* nur vorzusehen, *soweit und solange die medizinische Versorgung in einer bestimmten Region insgesamt, also mit Einschluss der ärztlichen Versorgung, anders nicht sichergestellt werden kann*. Selbstdispensation als Regel, Verbot als näher begründungs- und nachweisbedürftige, regional und zeitlich begrenzte Ausnahme, lautet meine Gegenthese. 4.7.

Die Praxis des Bundesgerichts belegt die Erfahrungstatsache, dass das *Gericht kantonale Gesetze nicht gerne kassiert*. Dies gilt vor allem dann, wenn eine Vielzahl von Kantonen seit langem bestimmte Regelungen kennen, so dass die Gutheissung der Beschwerde in einem konkreten Fall einen Rattenschwanz von Gesetzesänderungen nach sich ziehen würde. Der Richter trägt in unserer Demokratie Hemmungen mit sich, dem Gesetzgeber, und das heisst bei uns eben auch: dem Volk, am Zeug herum

zu flicken. Das mag im Einzelfall bedauerlich sein, hat aber in staatspolitischer Hinsicht auch seine positiven Seiten. Und hier kommt hinzu, dass die *Selbstdispensationsfrage politisch kontrovers beurteilt* und diskutiert wird. Da scheut sich das Gericht erst recht, den Gesetzgeber zu desavouieren – auch das nicht ganz unverständlich.

Das ändert aber nichts daran, dass die gegenwärtige Praxis m. E. dem vollen Gehalt der HGF nicht ausreichend Rechnung trägt und bei nächster Gelegenheit angepasst werden sollte. □

Literatur:

1. Vgl. zum folgenden namentlich René A. Rhinow, in Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Art. 31, Rz 75 ff.; Leo Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 1983, S. 27 ff.; Fritz Gygi, Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981, S. 39 ff.; Hans Marti, Die Wirtschaftsfreiheit der Schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1976, S. 40 ff.
2. Vgl. Marti (Anm. 1), S. 46 f. (mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).
3. Urteil vom 9. Mai 1980 i. S. Oswald und Niederer, Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Band 106 Ia (1980), S. 269 (= BGE 106 Ia 269); vgl. BGE 109 Ia 267 vom 14. Dezember 1983 i. S. Gitag SA und Mitbeteiligte; zu den Schranken der Handels- und Gewerbe-freiheit vgl. Schürmann (Anm. 1), S. 40 ff.; Gygi (Anm. 1), S. 74 ff.
4. BGE 105 Ia 71 f. vom 11. Mai 1979 i. S. Maier; vgl. BGE 111 Ia 186 vom 25. April 1985 i. S. Meuwly.
5. BGE 97 I 499 ff. vom 3. März 1971 i. S. Griessen.
6. Peter Saladin, Grundrechte im Wandel, 3. überarbeitete Auflage, Bern 1982, S. 239.
7. Nr. 2/1987.
8. Vgl. BGE 111 Ia 188 ff. vom 25. April 1985 i. S. Meuwly; Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juni 1986 i. S. Studer, Erwägung 4.
9. BGE 111 Ia 184 ff. vom 25. April 1985.
10. BGE 111 Ia 189 f.
11. Nicht publizierte Erwägung 5.
12. Nicht publizierte Erwägung 6.
13. (Noch) nicht publiziert.
14. Erwägung 4.b.
15. Erwägung 4.b.
16. Erwägung 4.c.; ebenda die folgenden Zitate.