

VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS FREIBURG

III. VERWALTUNGSGERICHTSHOF

Entscheid vom 30. November 2005

In der Beschwerdesache
(3A 04 23)

1. **B.**

2. **"Zur Rose"AG**

beide vertreten durch Rechtsanwalt Christoph Willi, Stockerstrasse 38, 8002
Zürich,

Beschwerdeführer,

gegen

die **Direktion für Gesundheit und Soziales**, Postfach, Route des Cliniques 17,
1701 Freiburg,

Beschwerdegegnerin,

betreffend
**Gesundheitswesen,
Verletzung des Heilmittelgesetzes,
Umgehung des ärztlichen Selbstdispensationsverbotes,
(Verfügung vom 23. Dezember 2003)**

hat sich ergeben:

- A. Dr. B. ist in Y. als Allgemeinarzt tätig. Am 24. November 1981 hatte er von der Gesundheits- und Sozialfürsorgedirektion (heutige Bezeichnung: Direktion für Gesundheit und Soziales; nachfolgend: GSD) die Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke (so genannte Selbstdispensation) erhalten. Der Entscheid erfolgte unter dem Vorbehalt, dass bei Eröffnung einer öffentlichen Apotheke im Umkreis von 5 km die Bewilligung dahinfallen werde. Am 12. Mai 1986 eröffnete A. in Y. die Apotheke X., woraufhin B. die Abgabe von Heilmitteln ab seiner Praxis einstellte.
- B. Seit einem nicht bekannten Zeitpunkt gibt B. seinen Patienten eine Informationsschrift der Firma "Zur Rose" AG (frühere Bezeichnung: Apotheke "zur Rose" AG) ab. Diese Aktiengesellschaft mit Sitz in Steckborn (TG) bezweckt unter anderem den Betrieb einer Apotheke sowie die Herstellung und den Handel inklusive die Vermittlung von Medikamenten. Mit der erwähnten Informationsschrift werden die Patienten auf die Möglichkeit aufmerksam gemacht, Medikamente direkt per Post über diese Apotheke zu erhalten. Hierfür erfasst B. die seinen Patienten verschriebenen Arzneimittel elektronisch, verarbeitet sie, kontrolliert die Bestellinformation und übermittelt das von ihm ausgestellte Rezept per Internet der Apotheke, welche die verschriebenen Arzneimittel direkt dem betroffenen Patienten oder dem Arzt liefert. Dabei erhält der Arzt, der Aktionär der Apotheke ist, gewisse Gutschriften. Die Apotheke erhebt keine Apotheker- und Patiententaxe und gewährt zusätzlich 7 % Rabatt auf den Publikumspreis.
- C. Mit diversen Schreiben und zwei Aufsichtsbeschwerden vom 17. Juli und vom 10. September 2002 erhoben A. und der Apothekerverband des Kantons Freiburg bei der GSD Anzeige gegen B. wegen Verletzung des Verbotes der Selbstdispensation. Mit dem von B. angewandten System würden keine Rezepte mehr für die Patienten ausgestellt, weshalb deren Recht auf freie Wahl einer Apotheke verletzt werde.

Die GSD übergab die Anzeigen zur Untersuchung und Antragstellung der Kommission für die Aufsicht über die Berufe des Gesundheitswesens und die Wahrung der Patientenrechte (nachfolgend: die Kommission). B. gab der Kommission an, pro Rezeptzeile mit 5 Franken und bei Nachbestellungen mit 3 Franken entschädigt zu werden. Er verstosse nicht gegen das Verbot der Selbstdispensation, sondern werde lediglich für den Aufwand, den er für die Erfassung der Rezeptdaten habe, entschädigt. Auch könnten die Patienten ein ausgedrucktes Rezept erhalten, weshalb ihre Wahlfreiheit nicht verletzt werde.

Am 24. März 2003 wandte sich die "Zur Rose" an die Kommission und stellte das Gesuch, zu den Vorwürfen in den Aufsichtsbeschwerden ebenfalls Stellung nehmen zu können, da sie durch einen allfälligen Entscheid unmittelbar betroffen sein werde. Dieses Gesuch lehnte die Kommission ab mit dem Vorbehalt, dass, sollte die GSD vor einem Entscheid eine Stellungnahme benötigen, sie (die GSD) gegebenenfalls eine solche einfordern werde.

Offenbar wurde von irgendeiner Seite auch beim Schweizerischen Heilmittelinstitut (nachfolgend: Swissmedic) Anzeige erstattet. Dieses teilte mit Schreiben vom 23. Oktober 2003 dem Rechtsvertreter der "Zur Rose" mit, es stelle das Verwaltungsstrafverfahren ein und verzichte auf die Eröffnung eines Strafverfahrens.

D. Am 23. Dezember 2003 fällte die GSD folgenden Entscheid:

"Art. 1. Es wird eine Verwarnung gegen Dr. B., ..., ausgesprochen.

Art.2. Es wird Dr. B. verboten, die finanziellen Vorteile der Apotheke Zur Rose AG anzunehmen, unter Androhung der Strafen nach Artikel 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, ...

...".

Nach Ansicht der GSD erzielt B. mit dem zwischen ihm und der "Zur Rose" bestehenden Versandmodell einen ungerechtfertigten geldwerten Vorteil. Das Versandsystem sei eine verdeckte Selbstdispensation, die im Kanton Freiburg verboten sei. Zwar gebe B. seinen Patienten keine Medikamente ab, sondern biete ihnen die Möglichkeit an, sich diese per Post direkt nach Hause liefern zu lassen. Es sei aber zu berücksichtigen, dass er als Aktionär der "Zur Rose" eine Jahresdividende bis zu 10 % erhalten könne und mithin indirekt von der Menge der von der erwähnten Apotheke verkauften Arzneimittel profitiere. Aus diesem Grund könne zwar eine Umgehung des Verbotes der Führung einer Privatapotheke nicht a priori ausgeschlossen werden. Es gebe aber keine Gesetzesbestimmung, die es einer Gesundheitsfachperson verbiete, an einer im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft teilzuhaben. Es handle sich um eine Gesetzeslücke, die nicht B. angelastet werden könne, weshalb von einer Sanktion wegen Verstosses gegen das Verbot der Führung einer Privatapotheke abzusehen sei.

Weiter hielt die GSD fest, dass B. von der "Zur Rose" pro übermittelte Rezeptzeile eine Erfassungsentschädigung von 5 Franken, oder maximal 20 % des Publikumspreises erhalte. Bei Nachbestellungen von Dauerrezepten bekomme er für den Kontrollaufwand 3 Franken pro Rezeptzeile, maximal 20 % des Publikumspreises. Für den Fall, dass der Patient die Medikamente in der Arztpraxis abhole, werde er mit 5 Franken pro Rezept für die dadurch ersparten Versandkosten entschädigt. Ausserdem erhalte jede Praxis eine Bestellsoftware mit aktueller Medikamentendatenbank für Windows im Wert von 2'000 Franken kostenlos zur Verfügung gestellt. Diese

finanziellen Vorteile könnten nicht als bescheiden bezeichnet werden. Die Vereinbarung zwischen der "Zur Rose" und B. sei geeignet, die Interessen der Patienten zu verletzen. Einerseits könne der Arzt versucht sein, teurere und/oder mehr Medikamente als unbedingt nötig zu verschreiben, weil sich die Entschädigung nicht nur proportional zum Preis des Medikaments, sondern auch zur Menge der verschriebenen Medikamente verhalte, wodurch er sich seine Entschädigung selbst erhöhen könne. Andererseits müssten eigentlich die Patienten selbst von diesem zusätzlichen Rabatt profitieren und nicht der verschreibende Arzt, dessen Arbeit schon durch die Honorare der Patienten entschädigt werde.

Schliesslich verletze das Verhältnis von B. zur "Zur Rose" die Interessen der Bevölkerung. Durch die Zunahme des Versandhandels drohe Gefahr, dass das bestehende Apothekennetz im Kanton Freiburg empfindlich schrumpfe.

- E. Gegen diesen Entscheid lassen B. und die "Zur Rose" am 28. Januar 2004 Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und hauptsächlich beantragen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben. In ihrer Beschwerdeantwort vom 11. Mai 2004 stellte die GSD den Antrag, die Beschwerde von B. abzuweisen und auf jene der "Zur Rose" nicht einzutreten, subsidiär sie abzuweisen. Mit Replik vom 16. Juli 2004 und Duplik vom 7. September 2004 hielten die Parteien an ihren Standpunkten fest.

Im Rahmen des Beweisverfahrens holte der Instruktionsrichter bei der Swissmedic eine Stellungnahme ein. Diese traf am 21. Januar 2005 beim Gericht ein und wurde den Verfahrensbeteiligten zur Vernehmlassung zugestellt.

Die Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften und die Bemerkungen der Swissmedic werden, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen wiedergegeben.

Der III. Verwaltungsgerichtshof zieht in Erwägung:

1. Der angefochtene Entscheid erging in Anwendung des Gesundheitsgesetzes vom 16. November 1999 (GesG, SGF 821.0.1). Somit ist das Verwaltungsgericht zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde funktionell und sachlich zuständig (Art. 129 GesG und Art. 114 Abs. 1 lit. a des Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege [VRG, SGF 150.1]).
2. Zur Beschwerde berechtigt ist gemäss Art. 76 VRG, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen

Aufhebung oder Änderung hat (lit. a) sowie jede andere Person, Organisation oder Behörde, die das Gesetz als beschwerdeberechtigt anerkennt (lit. b).

- a) B. ist als Adressat der ihn belastenden Verfügung ohne weiteres zur Beschwerdeführung legitimiert, weshalb auf seine form- und fristgerechte Beschwerde einzutreten ist.
- b) aa. Anders verhält sich die Situation bei der "Zur Rose". Diese ist nicht Adressatin der strittigen Anordnung. Ihre Beschwerdelegitimation ist deshalb nur dann zu bejahen, wenn sie durch den angefochtenen Entscheid ebenfalls berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat. Grundsätzlich genügt das Vorliegen eines Interesses bloss tatsächlicher Natur. Deshalb kommt auch Dritten die Beschwerdebefugnis zu, sofern diese durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sind und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Ihr Interesse ist schutzwürdig, wenn sie durch das Beschwerdeverfahren einen materiellen oder ideellen Nachteil von sich abwenden können. Namentlich müssen sie durch den angefochtenen Entscheid persönlich und unmittelbar einen Nachteil erleiden (BGE 123 II 376 E. 2 S. 378 mit Hinweisen).

bb. Die "Zur Rose" leitet ihre Beschwerdebefugnis aus dem Vertrag ab, den sie mit B. abgeschlossen hat. Vertragsgegenstand sei unter anderem die elektronische Erfassung und Übermittlung von Rezeptdaten. Damit verringere sich ihr administrativer Aufwand. Mit der Entschädigung, die sie B. zahle, gebe sie eine Leistung ab, die dieser für sie erbringe. Mit dem angefochtenen Entscheid werde es B. verboten, dieses Entgelt anzunehmen. Damit sei es ihr verwehrt, ihn für seine Leistungen zu entschädigen, die er für sie erbringe, und es werde mithin in ihre Wirtschaftsfreiheit eingegriffen. Neben der Freiheit der betrieblichen und rechtlichen Organisation der wirtschaftlichen Tätigkeit (Zeit, Ort, Mittel, Rechtsform) schütze die Wirtschaftsfreiheit auch die freie Gestaltung der vertraglichen Beziehungen, namentlich die freie Wahl des Vertragspartners und des Vertragsinhalts. Der angefochtene Entscheid habe deshalb direkte und unmittelbare Auswirkungen auf ihre Vertragsfreiheit, weshalb sie in einer besonderen Beziehungsnähe zur Streitsache stehe. Als Vertragspartnerin von B. sei sie vom angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts seien die Vertragspartner des Verfügungsadressaten grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert, sofern der angefochtene Entscheid direkt in die vertraglichen Beziehungen eingreife.

cc. Die GSD bestreitet die Beschwerdelegitimation der "Zur Rose". Zwar könnten enge wirtschaftliche Bindungen zum Verfügungsadressaten die Legitimation begründen und unter diesem Aspekt sei die Beschwerdebefugnis grundsätzlich gegeben, weil die "Zur Rose" und B. Vertragspartner seien. Der Inhalt dieses Vertrags verstosse jedoch gegen das öffentliche

Recht und die Interessen eines Dritten würden nur anerkannt, wenn die angerufene Gesetzesnorm gerade deren Schutz bezwecke.

dd. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die angefochtene Verfügung direkt in die vertragliche Beziehung zwischen B. und der "Zur Rose" eingreift, was eine eigene direkte Betroffenheit beider Vertragspartner begründet (siehe etwa PETER KARLEN, Verwaltungsgerichtsbeschwerde, in Thomas Geiser / Peter Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, Basel und Frankfurt am Main, 2. A., 1998, N 3.44 S. 105). Damit ist die "Zur Rose" in ihren wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und zwar mehr als jedermann betroffen, weshalb ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen ist. Die Meinung der GSD, der Vertrag verstosse gegen öffentliches Recht, ist, wie weiter unten anzuführen ist, unbegründet. Im Übrigen könnte die Frage der Beschwerdelegitimation offen bleiben, da auf die Beschwerde, weil die Beschwerdebefugnis von B. gegeben ist, ohnehin einzutreten ist.

3. Die Urheber der Aufsichtsbeschwerden, A. und der Apothekerverband des Kantons Freiburg, wurden nicht in das Verwaltungsgerichtsverfahren einbezogen und gelten mithin nicht als Verfahrensbeteiligte (Parteien). Das Verwaltungsgericht stützt sich dabei auf einen Entscheid des Bundesgerichts vom 18. November 1998 (veröffentlicht in RKUV 1999 S. 4). Wenn die Anzeiger behaupten, das Vorgehen der Beschwerdeführer verunmögliche eine genügende (zweite) Kontrolle der Arztrezepte, dann machen sie ausschliesslich öffentliche Interessen geltend, die keine Legitimation begründen können. Ebenso wenig begründet das Recht oder auch die Pflicht zur Anzeige für sich allein generell eine Beschwerdelegitimation, ansonsten jeder Apotheker gegen jegliches Vorhaben, das irgendwie zu einer Gefährdung der Gesundheit führen könnte, zur Beschwerde legitimiert wäre. Auch die blossе Eigenschaft als Konkurrenten vermag nach Ansicht des Bundesgerichts keine Legitimation der beiden Anzeiger zu begründen (siehe zum Ganzen auch BGE 131 I 205; ZBI 101/2000 S. 533; Entscheid des Bundesgerichts vom 24. Oktober 2001 [2P.52/2001 und 2A.89/2001] E. 4).

4. a) Die Beschwerdeführer rügen in formeller Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

B. macht geltend, dass die GSD ihn zum Vorwurf, er habe von der "Zur Rose" einen fixen Betrag für die separaten Versandkosten erhalten, nicht angehört habe; dieser Vorwurf sei nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens gewesen, und diese, nicht den Tatsachen entsprechende Feststellung, finde sich erstmals in der angefochtenen Verfügung und auch dort nicht unter den Sachverhaltsfeststellungen, sondern nur beiläufig unter den rechtlichen Erörterungen. Er hätte nie die Gelegenheit gehabt, sich zu dieser tatsächlichen Feststellung zu äussern und Argumente zu seiner Verteidigung vorzubringen.

Die "Zur Rose" bringt vor, dass sie im vorinstanzlichen Verfahren nicht angehört worden sei. Als Vertragspartnerin von B. sei sie vom angefochtenen Entscheid direkt und unmittelbar betroffen. Es werde ihr nunmehr verunmöglicht, ihren Vertragspartner entsprechend der vertraglichen Vereinbarung zu entgelten. Damit greife der angefochtene Entscheid in ihre Wirtschafts- und Vertragsfreiheit ein, weshalb ihr das rechtliche Gehör vorgängig hätte gewährt werden müssen.

Im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen weisen die beiden Beschwerdeführer auf die formelle Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör hin. Gemäss Art. 78 Abs. 2 VRG könne im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren die Unangemessenheit eines Entscheids nicht gerügt werden und eine der in Art. 78 Abs. 2 lit. a bis c VRG abschliessend aufgezählte Ausnahme liege nicht vor. Entsprechend verfüge das Verwaltungsgericht als Rechtsmittelbehörde in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht nicht über die gleiche Prüfungsbefugnis wie die GSD. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs könne deshalb im Rechtsmittelverfahren nicht mehr geheilt werden. Infolgedessen sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- b) Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 57 Abs. 1 VRG räumen den Verfahrensbeteiligten das Recht ein, vor Erlass einer Verfügung orientiert zu werden und sich zu äussern (REINHOLD HOTZ, *in* Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002, N 24 zu Art. 29 BV). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist, wie die Beschwerdeführer zu Recht vorbringen, formeller Natur. Ist er verletzt, wird der Entscheid grundsätzlich unabhängig davon aufgehoben, ob dieser materiell richtig ist oder nicht. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, das heisst die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheides veranlasst wird oder nicht. Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwer wiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGE 127 V 431 E. 3d/aa S. 437 f.). Im vorliegenden Fall kann eine Heilung durch das Verwaltungsgericht deshalb nicht in Betracht kommen, weil seine Kognition gegenüber derjenigen der GSD beschränkt ist (vgl. etwa BGE 129 I 129 E. 2.2.3 S. 135).
- c) Der Einwand von B., sein Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs sei verletzt worden, ist haltlos. Am 27. Januar 2003 hat er die Anzeige des kantonalen Apothekervereins vom 17. Juli 2002 sowie sämtliche mit dieser Anzeige eingereichten Unterlagen bekommen. Darunter befindet sich ein undatiertes Merkblatt der "Zur Rose", auf welchem festgehalten ist, dass der

Arzt, sollte der Patient die Heilmittel in der Arztpraxis abholen, von der erwähnten Apotheke die von ihr "eingesparten Versandkosten pro Rezept Fr. 5.--" erhalte. Mit dem Schreiben vom 27. Januar 2003 wurde B. Frist bis zum 28. Februar 2003 gesetzt, um "zum dargelegten Sachverhalt, der sich aus den Beilagen ergibt", eine Stellungnahme einzureichen. Mithin kann von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht die Rede sein.

- d) Die "Zur Rose" wurde im vorinstanzlichen Verfahren nicht angehört, obwohl sie am 24. März 2003 über ihren Rechtsvertreter ein entsprechendes ausdrückliches Begehren stellte. Dieses Gesuch lehnte die Kommission mit Schreiben vom 13. Mai 2004 ab, weil sie ihr offenbar (fälschlicherweise) keine Parteistellung zuerkennen wollte. Damit scheint eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorzuliegen, was indes nicht die Gutheissung der Beschwerde und die Zurückweisung der Angelegenheit an die GSD zu neuem Entscheid rechtfertigt. Hinsichtlich des Beschwerdeführers B. liegt, wie gesagt, keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, so dass seine Beschwerde materiell beurteilt werden kann. Eine Zurückweisung nur mit dem Ziel der Anhörung der "Zur Rose" ist unter diesen Umständen sinn- und zwecklos, weil der neue Entscheid ganz offensichtlich mit der selben Begründung gleich lauten wird. Im Übrigen hat sich die "Zur Rose" im vorliegenden Rechtsmittelverfahren in einem doppelten Schriftenwechsel vollumfänglich äussern und das Versäumte nachholen können. Somit hat die Gehörsverletzung nicht die Aufhebung des Entscheids der Beschwerdegegnerin zur Folge (vgl. HANSJÖRG SEILER, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, *in* SJZ 100/2004 S. 377 insbes. S. 377, 379 f.; BENJAMIN SCHINDLER, Die "formelle Natur" von Verfahrensgrundrechten, ZBl 106/2005, S. 169, 188 ff.).
5. a) Der angefochtene Entscheid der GSD stützt sich ausdrücklich (auch) auf Art. 33 des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21). Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

¹ Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen, dürfen für die Verschreibung oder die Abgabe eines Arzneimittels geldwerte Vorteile weder gewährt noch angeboten noch versprochen werden.

² Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen, dürfen für die Verschreibung oder die Abgabe von Arzneimitteln geldwerte Vorteile weder fordern noch annehmen.

³ Zulässig sind jedoch:

- a. geldwerte Vorteile von bescheidenem Wert, die für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind;
- b. handelsübliche und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte, die sich direkt auf den Preis auswirken.

Die GSD sieht diese Bestimmung darin verletzt, dass der von der "Zur Rose" den Ärzten gewährte finanzielle Vorteil nicht als bescheiden betrachtet werden könne. Es werde ein von der Anzahl Rezeptzeilen abhängiger, variabler Betrag zugesprochen sowie ein fixer Betrag für die ersparten Versandkosten bezahlt, wenn die Medikamente nicht direkt den Patienten, sondern an die Arztpraxis gesendet würde. Das führe zweifellos zu beträchtlichen Summen. Die von der "Zur Rose" geleistete Entschädigung könne auch nicht als ein im Handel üblicher Rabatt oder sonst wirtschaftlich gerechtfertigt betrachtet werden, vor allem deshalb nicht, weil sich die Entschädigung nicht auf den Verkaufspreis des Medikaments gegenüber den Patienten auswirke. Ein solches System sei geeignet, die Ärzte dazu zu verleiten, mehr Arzneimittel als nötig zu verschreiben, um mehr Rezeptzeilen zu schreiben und damit höhere Einnahmen zu erzielen; die Entschädigung verhalte sich nämlich nicht nur proportional zum Preis des Medikaments, sondern auch zur Menge der verschriebenen Medikamente, wodurch sich der Arzt seine Entschädigung selbst erhöhen könne. Weiter sei es für den Arzt von Vorteil, teurere Arzneimittel zu verschreiben, denn Rezepte für Medikamente, deren Gesamtwert unter 50 Franken liege, würden nur ausgeführt, wenn der Arzt auf eine Entschädigung verzichte. Die betroffenen Ärzte seien ausserdem Aktionäre der "Zur Rose" und profitierten vom Geschäftsergebnis, insbesondere durch die Auszahlung einer Dividende von ungefähr 10 %. Infolgedessen, so die GSD abschliessend, handle es sich beim Verhältnis der "Zur Rose" mit dem Arzt um eine Vereinbarung finanzieller Natur, die geeignet sei, die Interessen der Patienten zu verletzen.

- b) Für die Beschwerdeführer gelangt Art. 33 HMG nicht zur Anwendung. Für den Vollzug des Heilmittelgesetzes sei grundsätzlich die Swissmedic zuständig und die Kantone seien es nur insofern, als sie vom Gesetz hierzu ermächtigt würden und nur insoweit, als dieses sie zum Vollzug ausdrücklich ermächtige. Für den Vollzug der Bestimmungen über die Werbung (Art. 31 ff. HMG), unter Einschluss der Bestimmungen über das Versprechen und Annehmen geldwerter Vorteile gemäss Art. 33 HMG, sei die Swissmedic ausschliesslich und alleine zuständig. Diese Zuständigkeitsordnung werde durch die Verordnung über die Arzneimittelwerbung vom 17. Oktober 2001 (AWV, SR 812.212.5) bestätigt, welche die Swissmedic allein als zuständig erkläre. Wenn die kantonalen Verwaltungsbehörden zum Vollzug von Art. 33 HMG nicht zuständig seien, so sei die DGS auch nicht berechtigt, die Vereinbarkeit der Erfassungsentschädigung mit Art. 33 HMG zu prüfen.

Die Vereinbarkeit der Erfassungsentschädigung der "Zur Rose" mit Art. 33 HMG habe die Swissmedic bereits abschliessend geprüft und mit Verfügung vom 23. Oktober 2003 bejaht. Dieser Entscheid sei in materieller Rechtskraft erwachsen und könne nicht mehr widerrufen werden. Die Swissmedic und allfällige, mit dem Vollzug des HMG betraute kantonale Vollzugsbehörden seien an diesen Entscheid gebunden. Der GSD sei es verwehrt, eine von der Swissmedic abweichende Beurteilung zu treffen.

- c) Die GSD widerspricht dieser Auffassung. Unbesehen der überwiegenden Rolle des Bundes im Vollzug des HMG, würden die Kantone Kompetenzen behalten. Es sei nicht gesichert, dass alle Aspekte in Verbindung mit der Anwendung von Art. 33 HMG ausschliesslich in die Zuständigkeit der Bundesbehörde fallen würden. Den kantonalen Behörden sei ein Recht zuerkannt worden, Massnahmen zu ergreifen, die darauf hinzielen, die Beibehaltung unbegründeter materieller Vorteile für einen Arzt auf seinem Gebiet zu untersagen. Dies erkläre sich umso mehr, als die Situation den Patienten zum Nachteil gereicht und der Kanton Freiburg eine Bestimmung eingeführt habe, welche die Sanktionierung unerlaubter Absprachen erlaube.

Beim Schreiben der Swissmedic vom 23. Oktober 2003 handle es sich weder um allgemein verbindliche Richtlinien oder Weisungen noch um eine Verfügung oder einen Entscheid, sondern um eine Stellungnahme in einem besonderen Zusammenhang ausserhalb des vorliegenden Falls. Das Schreiben sei weder für sie (die GSD) noch für das Verwaltungsgericht verbindlich. Aus diesem Schreiben könne somit nichts abgeleitet werden. Im Übrigen habe sie das Schreiben vom 23. Oktober 2003 nicht erhalten.

- d) Im Schreiben der Swissmedic vom 23. Oktober 2003 wird festgehalten, dass das gegen die "Zur Rose" eröffnete Verwaltungsstrafverfahren eingestellt und auf die Eröffnung eines Strafverfahrens verzichtet werde. Die Entschädigung, welche die Apotheke an die Ärzte ausrichte (5 Franken bei der ersten Verschreibung und 3 Franken bei Nachbestellungen pro Rezeptzeile), sei als Gegenleistung zu betrachten, welche die Apotheke dem Arzt für die Arbeit gewähre, die er für sie im Rahmen seiner Bestellungen (elektronische Erfassung) ausführe und die ihre Kosten im Zusammenhang mit der Bereitstellung und Abgabe der Produkte senke. Die von der Apotheke ausgerichtete Entschädigung sei nicht geeignet, die Ärzteschaft in ihrem wissenschaftlichen Urteil zu beeinflussen. Die weiteren Leistungen, welche die Apotheke den Ärzten anbiete (Bereitstellung der Bestellsoftware, Hilfe bei der Praxisadministration, Schulungen sowie Lieferung von Büromaterial) seien zwar als geldwerte Vorteile zu betrachten, mit denen direkt oder indirekt die ärztliche Tätigkeit unterstützt und der Ertrag der Praxis gesteigert werde. Sie würden aber nicht für die Verschreibung von Arzneimitteln angeboten, sondern nur dazu dienen, den von der "Zur Rose" gewählten Distributionskanal attraktiv zu machen. Somit bestehe kein Widerspruch zu Art. 33 HMG.
- e) Der Instruktionsrichter hat bei der Swissmedic zu den Fragen, welche Behörde zuständig sei, die Anwendung des Art. 33 HMG zu beurteilen, und welche Kompetenzen bei der Anwendung des Art. 33 HMG allenfalls den Kantonen zustehe, eine Stellungnahme eingeholt. In ihrer Antwort vom 16. Januar 2005 hält die Swissmedic fest, dass ihr die Beurteilung allfälliger Verletzungen von Art. 33 HMG zukomme beziehungsweise sie zum Erlass entsprechender Feststellungsverfügungen zuständig sei. Einem Kanton könne die Kompetenz zur Anwendung von Art. 33 HMG zukommen, wenn

der zu beurteilende Sachverhalt im Zusammenhang mit einem oder mehreren Verstössen gegen die Bestimmungen des Heilmittelrechts steht, für deren Vollzug die Kantone zuständig seien. Art. 33 HMG sei unter die Vorschriften über die Arzneimittelwerbung und somit unter lit. b von Art. 31 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung, VAM, SR 812.212.21) zu subsumieren (Botschaft des Bundesrats vom 1. März 1999 zum HMG, *in* BBl 1999 IV 3563). Stelle ein Kanton bei Ausübung der nachträglichen Marktkontrolle eine mögliche Widerhandlung gegen Art. 33 HMG fest, habe er den in Art. 31 Abs. 4 VAM beschriebenen Weg zu beschreiten.

- f) Gemäss Art. 58 Abs. 1 HMG überwachen Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die Rechtmässigkeit der Herstellung des Vertriebs, der Abgabe und der Anpreisung von Heilmitteln. Es werden zweierlei Typen von Vollzugsaufgaben unterschieden. Einmal die vorgängige Marktkontrolle, das heisst die Zulassungsprüfung neuer Arzneimittel sowie die Prüfung von Betrieben, die Arzneimittel herstellen oder in den Verkehr bringen beziehungsweise solche ein- oder ausführen. Zweitens die nachträgliche Marktkontrolle, das heisst die Überwachung des Heilmittelmarktes.

Die Swissmedic, die vom Bund und den Kantonen betrieben wird, ist allein die zuständige Behörde zum Vollzug des HMG im Bereich des Bundes. Sie wird innerhalb der Schweiz im klassischen hoheitlichen Bereich mit Aufsichts- und Überwachungsfunktionen betraut. Sie ist insbesondere zuständig für die Zulassung der Arzneimittel und Überwachung aller Arzneimittel und Medizinprodukte sowie für die Erteilung der Grosshandels- und Betriebsbewilligungen für die Ein- und Ausfuhr sowie für den Handel im Ausland (BBl 1999 IV 3476 ff.).

Die Kantone erfüllen die Vollzugsaufgaben, die ihnen das HMG überträgt und die nicht ausdrücklich dem Bund übertragen sind (Art. 83 Abs. 1 lit. a und b HMG). Die Kantone melden dem Institut Ereignisse, Erkenntnisse und Beanstandungen, die sie im Rahmen ihrer Überwachungstätigkeit nach Art. 58 Abs. 1 HMG festgestellt haben. Das Institut trifft die erforderlichen Verwaltungsmassnahmen (Art. 58 Abs. 5 HMG).

In den Vollzugsbereich der Kantone fällt unter anderem die Erteilung von Bewilligungen für die Herstellung von Arzneimitteln, die keiner Zulassung des Instituts bedürfen, sowie für die Abgabe und die Anwendung von Arzneimitteln. Weiter haben sie für die nachträgliche Kontrolle der Rechtmässigkeit von Abgabe und Anwendung der in Verkehr gebrachten Arzneimittel zu sorgen (Art. 31 Abs. 1 VAM). Die Kantone haben die Aufsicht und Verantwortung für die Arzneimittelkontrolle im Detailhandel und bei den Abgabestellen (öffentliche Apotheken, Spitalapotheken, Arztpraxen, Drogerien; BBl 1999 IV 3479). Sie kontrollieren an den Abgabestellen insbesondere, ob die Vorschriften über die Abgabeberechtigungen eingehalten, die Vorschriften über die Arzneimittelwerbung befolgt werden und die Arzneimittel richtig ge-

kennzeichnet sind (Art. 31 Abs. 2 lit. a - c VAM). Ergibt die Kontrolle, dass Bestimmungen nach Art. 31 Abs. 2 lit. b und c VAM oder andere Bestimmungen des HMG oder der VAM verletzt werden, so informiert der Kanton die Swissmedic. Diese nimmt die notwendigen Abklärungen vor, ordnet die erforderlichen Massnahmen an und informiert die Kantone (Art. 31 Abs. 4 VAM).

- g) Das Geschäftsgebaren der "Zur Rose" steht hier nicht zur Diskussion; der Postversand von Arzneimitteln ist zulässig (BGE 125 I 474) und die "Zur Rose" verfügt denn auch über eine entsprechende Bewilligung. Somit erübrigen sich weitere Ausführungen zur grundsätzlichen Frage des Versandhandels von Arzneimitteln.

Es wurde aufgezeigt, dass das HMG den Kantonen nur noch Vollzugsaufgaben überlässt (Art. 83 Abs. 1 HMG). Die Vereinbarkeit des Verhaltens der Beschwerdeführer mit Art. 33 HMG ist somit allein von der Swissmedic zu prüfen; in diesem Bereich haben die Kantone keine Regelungskompetenzen. Immerhin sind sie weiterhin befugt, die Voraussetzungen und das Verfahren für die Bewilligung zum Detailhandel mit Arzneimitteln zu regeln (Art. 30 HMG). Darunter fällt auch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Selbstdispensation zulässig ist (THOMAS POLEDNA / BRIGITTE BERGER, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002, N 303 ff., 326 ff.; UELI KIESER, Heilmittel, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VIII, Gesundheitsrecht, Thomas Poledna / Ueli Kieser [Hrsg.], Basel/Genf/München 2005, C N 41 ff. S. 169, insbes. C N 48 S. 172; vgl. auch: Antwort des Bundesrates vom 26. September 2003 auf eine Dringliche Einfache Anfrage [03.1101] aus dem Nationalrat: "Pillendealer, oder wie man die Medikamentenkosten in die Höhe treibt!"). Da somit allfällige Verstösse gegen Art. 33 HMG allein von der Swissmedic im Rahmen von Verwaltungs- und Strafmassnahmen zu ahnden sind, ist eine zusätzliche Kompetenz der Kantone nicht gegeben. Damit hat das Verwaltungsgericht nicht zu prüfen, ob eine Verletzung des Art. 33 HMG vorliegt. Im Übrigen hat die Swissmedic mit ihrem Brief vom 23. Oktober 2003 implizit festgestellt, es liege kein Verstoß gegen Art. 33 HMG vor.

6. a) Nach Art. 41 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG, SR 832.10) können die Versicherten unter den zugelassenen Leistungserbringern, die für die Behandlung ihrer Krankheit geeignet sind, frei wählen. Nach Ansicht der GSD verletzt B. diese Wahlfreiheit dadurch, dass er seinen Patienten ein Standardschreiben überbebe, worin er diese ermuntere, sich die benötigten Medikamente per Post über die "Zur Rose" zustellen zu lassen. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Patienten gestützt auf die Erklärungen und Empfehlungen des Arztes entscheidend beeinflusst würden. Da sich der Arzt auch um die Weiterleitung des Rezeptes auf elektronischem Weg an die Apotheke kümmere, sei es kaum vorstellbar, dass der Patient ihm gegenüber den Wunsch äussere, ihm ein Rezept im klassischen Sinne auszustellen, damit

er es bei einer Apotheke seiner Wahl selber einlösen könne. Die Wahrscheinlichkeit sei gross, dass der Patient den Weg des geringsten Widerstandes wähle und sich für den Vorschlag des Arztes entscheide, sich die Medikamente auf elektronischem Weg bestellen und direkt nach Hause liefern zu lassen. Es werde B. aber nicht vorgeworfen, die Patienten entscheidend zu beeinflussen, diesen bleibe eine genügende Entscheidungsfreiheit. Aber wie es sich tatsächlich verhalte, könne offen bleiben.

B. bestreitet diese Darstellung. Der Patient könne Arzneimittel jederzeit bei einer anderen Apotheke beziehen. Auch sei das Sortiment der "Zur Rose" umfassender als das einer herkömmlichen Offizinapotheke. Es enthalte praktisch alle Arzneimittel, die für die ärztliche Praxis von Bedeutung seien. Der Arzt bestimme nach eigenem fachlichem Ermessen, welches Arzneimittel er den Patienten verschreiben wolle. Er (B.) sei nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen der "Zur Rose" verpflichtet, den Patienten vor der Bestellung eines Arzneimittels zu fragen, ob er vom Arzneimittelversand der "Zur Rose" Gebrauch machen oder ob er ein Rezept haben wolle. Er habe den Patienten über Vor- und Nachteile des Arzneimittelversandhandels zu informieren. Aufgrund dieser Information liege keine Einschränkung der Wahlfreiheit vor. Im Übrigen könne der Patient jederzeit, bei Dauermedikation auch nachträglich, einen Ausdruck der elektronisch an die "Zur Rose" übermittelten Rezeptdaten verlangen. Ein solcher Ausdruck erlaube dem Patienten den Bezug der Arzneimittel bei einer anderen Apotheke. Die Information über den Versandhandel stelle keine unzulässige Beeinflussung des Patienten dar. Sie sei Voraussetzung für die Ausübung des Wahlrechts des Patienten. Es bestehe keine psychologische Zwangslage, die es dem Patienten verunmöglichen würde, zwischen dem Arzneimittelversand der "Zur Rose" oder dem Bezug über den Ladentisch einer herkömmlichen Apotheke frei zu entscheiden.

- b) Die GSD verhält sich zu dieser Frage widersprüchlich. Einerseits behauptet sie, B. verletze die Wahlfreiheit der Patienten, indem er diese entscheidend beeinflusse. Andererseits könne ihm aber nicht vorgeworfen werden, die Patienten entscheidend zu beeinflussen, diesen bleibe eine genügende Entscheidungsfreiheit. Welches Verhalten tatsächlich zutrifft, hat sie schliesslich offen gelassen. Nach Auffassung des Gerichts vermag die zwischen B. und der "Zur Rose" geschlossene Vereinbarung, die klar darauf abzielt, die Patienten zum Kauf der Medikamente bei einer bestimmten Apotheke, nämlich der "Zur Rose", zu bewegen, für sich allein nicht zu genügen, um anzunehmen, die Patienten seien gezwungen, ihre Medikamente dort zu beziehen. Anhaltspunkte dafür, dass B. gewissermassen seine Patienten unter Druck setzt, die Medikamente von der "Zur Rose" liefern zu lassen, gibt es nicht. Vor diesem Hintergrund scheint die Wahlfreiheit der Patienten gewahrt.

7. a) Die GSD hält in ihrem Entscheid weiter fest, B. verletze durch sein Verhalten die Art. 85 und 95 GesG. Die erste Bestimmung untersagt Vereinbarungen namentlich finanzieller Art unter Gesundheitsfachpersonen, wenn sie den Interessen eines Patienten oder der Bevölkerung zuwiderlaufen. Nach Art. 95 Abs. 1 GesG stellen die Gesundheitsfachpersonen den Präsenz- und Bereitschaftsdienst in einer Weise sicher, dass die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung gewährleistet ist. Jede Gesundheitsfachperson muss am Präsenz- und Bereitschaftsdienst mitwirken.

Zur Begründung legt die GSD im Wesentlichen dar, dass die Verbindung von B. an das System der "Zur Rose" geeignet sei, die Interessen der Bevölkerung im Allgemeinen zu verletzen. Durch die Zunahme des Versandhandels drohe Gefahr, dass das bestehende Apothekennetz empfindlich schrumpfe, was erhebliche Nachteile bei der medikamentösen Versorgung nach sich ziehen würde. Die gesundheitliche Absicherung würde bei einem eingeschränkten Angebot durch die Apotheker erheblich gefährdet. Es sei offensichtlich, dass sich ein Teil der früheren Klientel der Apotheke X. für das Versandsystem der "Zur Rose" entschieden habe. Jene sichere zweifellos eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse, namentlich für die einheimische und touristische Bevölkerung zu. Dieser Dienst würde in Frage gestellt, wenn bei einer weiteren Zunahme des Versandhandels die Existenz der Apotheke X. gefährdet würde. Der Einwand von B., dass vor allem alte und gehbehinderte Personen ohne eigenes Fahrzeug die Möglichkeit schätzten, dass ihnen die Medikamente nach Hause gesandt werden, vermöge nicht zu überzeugen. Die Patienten müssten ohnehin in die Arztpraxis und hätten demzufolge auch die Möglichkeit, danach die verschriebenen Medikamente ohne nennenswerten zusätzlichen Aufwand in der Apotheke X. abzuholen. Bei Dauerrezepten bestehe zudem die Möglichkeit, sich die Medikamente nach Hause bringen oder schicken zu lassen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 119 Ia 440) sei für die Wahrung des öffentlichen Interesses nicht nur ein ausreichendes Verteilnetz durch die Apotheken erforderlich, sondern ebenfalls deren Zugänglichkeit durch die Patienten rund um die Uhr. Diese Zugänglichkeit sei bei der "Zur Rose" nicht gewährleistet. Zudem bestehe die Gefahr, dass die Medikamente zu spät ankommen.

- b) B. bringt dagegen vor, dass angesichts der geringfügigen Zahl von Bestellungen, die er zwischen Oktober 2002 und September 2003 bei der "Zur Rose" getätigt habe (bezahlte Erfassungsentschädigung: 397.03 Franken), nicht ernstlich behauptet werden könne, der Arzneimittelversand der "Zur Rose" würde das bestehende Apothekennetz im Kanton Freiburg gefährden. Es stimme auch, dass sich ein Teil der früheren Klientel der Apotheke X. für das Versandsystem der "Zur Rose" entschieden habe. Im BGE 125 I 474 habe das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass die vom Versand mit Arzneimittel ausgehende Gefahr zu gering sei, als dadurch die Dichte herkömmlicher Apotheken in einer die öffentliche Gesundheit gefährdenden Weise abnehmen würde. Diese Rechtsprechung liege zwar

fünf Jahre zurück, sei aber unverändert gültig. Bis heute habe sich die Konkurrenz durch Versandhandelsapotheken nicht zu einer für die öffentliche Gesundheit bedrohlichen Gefahr entwickelt. Hinsichtlich der angeblich gefährdeten Existenz der Apotheke X. verkenne die GSD das GesG. Dieses wolle nicht die Existenz einer einzelnen Apotheke gewährleisten. Das Bundesgericht habe unmissverständlich festgehalten (BGE 111 Ia 184; nicht veröffentlichter Entscheid vom 24. Oktober 2001 [2P.52/2001 und 2A.89/2001]), dass standespolitische Überlegungen im Gesundheitswesen keine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit rechtfertigten. Die Kantone hätten den Versandhandel mit Arzneimittel zu bewilligen, unabhängig davon, ob der Versandhandel die im Kanton ansässigen Apotheken wirtschaftlich benachteilige und die mit der Einschränkung der Selbstdispensation angestrebte, regional gut ausgebaute Versorgung beeinträchtigt werde. Auch sei die Sicherheit im Umgang mit Arzneimittel nicht beeinträchtigt. Die elektronische Erfassung und Übermittlung der Rezeptinformationen durch den Arzt vermeide Missverständnisse infolge schlecht lesbarer handschriftlicher Rezepte. Die Möglichkeit der elektronischen Chargenverfolgung erlaube es der "Zur Rose" auch, Arzneimittel beim Patienten direkt zurückzurufen. Dies im Gegensatz zur herkömmlichen Offizinapotheke, die nicht kontrolliere, an wen sie ein bestimmtes Produkt abgegeben habe.

Die "Zur Rose" liefere die Arzneimittel per Post oder Kurier direkt an den Patienten aus. Das verspätete Eintreffen sei kein Grund gegen die Zulässigkeit des Versandhandels von Arzneimittel. In BGE 125 I 474 habe das Bundesgericht dieses Argument verworfen mit dem Hinweis auf Vorteile, welche mit dem Nebeneinanderbestehen und dem Ergänzen verschiedener Systeme des Arzneimittelvertriebs verbunden seien.

- c) Soweit die GSD mit ihrem Vorbringen behaupten will, das Vorgehen der Beschwerdeführer sei eine im Sinne von Art. 85 GesG unerlaubte Vereinbarung finanzieller Art, ist auf das oben unter E. 5 Gesagte zu verweisen. Diesen Sachverhalt hat der Bundesgesetzgeber in Art. 33 HMG umfassend geregelt, weshalb den Kantonen in diesem Bereich eine strengere Regelungskompetenz abgeht beziehungsweise es wurden ihnen keine Kompetenzen delegiert. Unlautere Vereinbarungen nach Art. 85 GesG werden allein durch das Bundesgesetz erfasst.
- d) Es ist hier nicht auf die Problematik des Versandhandels von Medikamenten einzugehen. Festzuhalten ist, dass die "Zur Rose" gestützt auf eine Bewilligung der zuständigen Behörden im Kanton Thurgau eine öffentliche Apotheke betreiben darf und Medikamente nicht nur in ihrer Offizinapotheke verkaufen, sondern auch versenden darf. Dass durch diesen Versandhandel allenfalls auch die im Kanton Freiburg ansässigen Apotheken wirtschaftlich benachteiligt werden können, liegt auf der Hand. Es mag sogar eine Diskriminierung vorliegen, weil sie selbst nicht berechtigt sind, Medikamente zu versenden (FRANÇOIS BELLANGER, [Kommentar zu BGE 125 I 474], in SJ

2000, Band I, S. 382 ff.). Aber wie dem auch sei, indem der Versandhandel von Medikamenten gestattet ist, wird damit eine Konkurrenzierung mit den anderen Apotheken bewusst in Kauf genommen.

Dem Einwand, dass Medikamente zu spät zugestellt werden könnten, ist entgegen zu halten, dass es dem Arzt erlaubt ist, in Notfällen Medikamente abzugeben (vgl. unten E. 8).

8. Nach Art. 112 GesG und Art. 25 des Reglements vom 28. November 2000 über die Heilmittel (SGF 821.20.21) dürfen Arzneimittel nur in Apotheken und Drogerien abgegeben werden. Ärzte dürfen jedoch Arzneimittel abgeben, wenn eine Notsituation es erfordert. Jede andere Form der Arzneimittelabgabe ist untersagt. Die GSD kann Ausnahmen vorsehen, wenn die Sicherheit der Patienten gewährleistet ist und letztere direkten Kontakt mit einer Gesundheitsfachperson haben, die zur Abgabe von Arzneimitteln berechtigt ist. Insbesondere kann sie Ärzte ermächtigen, in einer Ortschaft ohne ausreichende Möglichkeiten des Zugangs zu einer Apotheke, eine Privatapotheke zu führen, um den Bedarf der Bevölkerung zu befriedigen. Einem Arzt wird die Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke nur dann erteilt, wenn es weder in der Gemeinde, in der sich die Praxis des betreffenden Arztes befindet, noch in einer Nachbargemeinde eine öffentliche und mit öffentlichen Transportmitteln direkt und regelmässig erreichbare Apotheke gibt.

Nach dem Gesagten ist die Abgabe von Arzneimittel durch Ärzte, die so genannte Selbstdispensation, im Kanton Freiburg grundsätzlich verboten; mithin dürfen die Ärzte ihren Patienten keine Medikamente verkaufen. Im vorliegenden Fall wird dem Beschwerdeführer B. aber nicht vorgeworfen, er führe eine ärztliche Privatapotheke oder er gebe, ausgenommen in Notfällen, Medikamente ab. Eine Selbstdispensation liegt infolgedessen nicht vor, weshalb sich weitere Ausführungen hierüber erübrigen.

9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die "Zur Rose", gestützt auf eine Bewilligung der zuständigen Behörde, Medikamente versenden darf. Diese Art der Medikamentenversorgung ist im Kanton Freiburg nicht verboten. Entsteht aus der Beziehung eines Arztes mit der erwähnten Apotheke ein unerlaubter geldwerter Vorteil, und wird mithin gegen Art. 33 HMG verstossen, ist es Sache der Swissmedic, die notwendigen Massnahmen zu treffen. Daran kann auch Art. 85 GesG nichts ändern. Weiter ist zu erwähnen, dass die Patienten durch den Versandhandel keinen Schaden erleiden. Die Wahlfreiheit bleibt gewahrt und in Notsituationen darf der Arzt Medikamente abgeben, so dass der Patient auch bei einer nicht pünktlichen Lieferung durch die Versandapotheke rechtzeitig im Besitz des notwendigen Medikaments sein kann. Der Umstand, dass ein Arzt als Aktionär einer Apotheke eine Dividende bezieht, beurteilt die Swissmedic offenbar nicht als unerlaubter geldwerter Vorteil.

Der Entscheid der GSD, B. zu verbieten, finanzielle Vorteile der "Zur Rose" anzunehmen, ist somit nicht haltbar. Das führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 23. Dezember 2003.

302