

BGer 2A.723/2005 vom 4. Juli 2006

Bundesgericht, 2006-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.723_2005

FR: TF 2A.723/2005 du 4 juillet 2006

IT: TF 2A.723/2005 del 4 luglio 2006

Erwägungen

E. 1.1

Der Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens bildende Regierungsratsbeschluss wurde von den Verfahrensbeteiligten einhellig als Allgemeinverfügung angesehen (vgl. dazu BGE 126 II 300 E. 1a ; 125 I 313 E. 2). Er ist zeitlich befristet, regelt aber nicht bloss einen konkreten Sachverhalt, sondern ist abstrakt ausgestaltet. Es erscheint daher fraglich, ob es sich nicht um einen kantonalen Erlass handelt, welcher als solcher nur mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden kann. Der Beschluss richtet sich zwar (direkt) nur an eine limitierte Zahl von Rechtsunterworfenen (Drogisten), deren Kreis nicht von vornherein feststeht, jedoch bestimmbar ist. Vom Beschluss betroffen sind jedoch auch weitere Personen, wie namentlich die Apotheker und Heilmittelgrossisten (denen die Liste denn auch mitzuteilen ist), aber auch die Allgemeinheit bzw. die potentiellen Käufer von Arzneimitteln. Gegen den rechtsetzenden Charakter spricht hingegen, dass der Beschluss nicht in der Gesetzsammlung des Kantons Schwyz publiziert worden ist. Die Frage kann indessen offen gelassen werden.

E. 1.2

Die Berechtigung von Drogisten, nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel der Kategorie C abzugeben, ist heute bundesrechtlich, insbesondere durch Art. 25 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21) sowie durch Art. 25b der Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung, VAM ; SR 812.212.21 [Fassung vom 18. August 2004]), geregelt. Übergangsrechtlich bleiben Bewilligungen des Bundes und der Kantone nach bisherigem Recht spätestens bis fünf Jahre nach Inkrafttreten des Heilmittelgesetzes (am 1. Januar 2002), d.h. noch bis zum 31. Dezember 2006 gültig (Art. 95 Abs. 5 HMG).

E. 1.3

Der Regierungsratsbeschluss stützt sich - wie schon der frühere vom 5. Mai 1987, den er ersetzt - auf § 13 Abs. 2 der kantonalen Verordnung vom 6. Juni 1974 über den Verkehr mit Heilmitteln (HmV/SZ), wonach der Regierungsrat ermächtigt ist, nach Anhören des kantonalen Sanitätsrats die Listen der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel (heute: Schweizerisches Heilmittelinstitut Swissmedic) zu erweitern oder einzuschränken, sofern hierfür ein öffentliches Bedürfnis besteht. Im konkreten Fall ging es um die Liste C der Swissmedic, d.h. das Verzeichnis der (nicht verschreibungspflichtigen) Arzneimittel der Abgabekategorie C (Ende 2004 umfassend 759 zugelassene Arzneimittel), die einer Fachberatung durch einen Arzt oder Apotheker bedürfen. In einem Verzeichnis (Anhang zum Beschluss) bestimmte der Regierungsrat, welche 30 Heilmittel aus dieser Liste C (auch) in den Drogerien im Kanton Schwyz verkauft werden dürfen. Die Liste umfasste zuvor ca. 220 Arzneimittel, von denen jedoch bereits sehr viele (über 80) in die Liste D

umgeteilt worden oder nicht mehr registriert (über 100) waren; durch den Regierungsratsbeschluss wurden gegenüber der früheren Liste lediglich acht Arzneimittel neu aufgenommen; in Anwendung von Art. 95 Abs. 5 HMG wurde zugleich festgelegt, das Verzeichnis sei während der am 31. Dezember 2006 endenden Übergangsfrist gültig.

Die Beschwerdeführer rügen, der Regierungsratsbeschluss stütze sich fälschlicherweise auf § 13 Abs. 2 HmV/SZ bzw. Art. 95 Abs. 5 HMG. Er hätte sich richtigerweise vielmehr ausschliesslich auf Art. 25b VAM in Verbindung mit Art. 25 Abs. 4 HMG stützen dürfen; damit sei öffentliches Recht des Bundes zu Unrecht übergegangen bzw. durch unrichtige Auslegung und Anwendung verletzt worden, weshalb die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig sei.

Dass das hier in Frage stehende Verzeichnis seit dem Inkrafttreten des Heilmittelgesetzes bzw. der Arzneimittelverordnung allenfalls nur noch in dem Umfang zulässig ist, als es das Heilmittelgesetz (insb. Art. 25 Abs. 4 HMG und die Übergangsbestimmung von Art. 95 Abs. 5 HMG) zulässt, ändert nichts daran, dass sich der angefochtene Beschluss jedenfalls formell auf das kantonale Heilmittelrecht stützt und damit seine Grundlage im kantonalen und nicht im Bundesrecht hat, was Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wäre. Das Bundesrecht, d.h. Art. 95 Abs. 5 HMG behält denn auch die Weitergeltung solcher nach bisherigem Recht erteilten kantonalen Bewilligungen - ohne irgendwelche inhaltlichen Einschränkungen - noch bis zum Ende der am 31. Dezember 2006 ablaufenden Übergangsfrist vor. Sollte der Regierungsratsbeschluss daher nicht mit dem Heilmittelgesetz vereinbar sein, wie die Beschwerdeführer geltend machen - nach ihrer Auffassung liegt nicht nur eine Anpassung bzw. Aktualisierung der bereits bestehenden Liste von 1987, sondern eine neue Ausnahmegewilligung vor -, ist diese Verletzung von Bundesverwaltungsrecht angesichts der klaren Übergangsregelung unter dem Gesichtspunkt der Missachtung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts mit staatsrechtlicher Beschwerde zu rügen; die Eingabe ist daher als solche entgegenzunehmen.

E. 1.4

Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde setzt die persönliche Betroffenheit der Beschwerdeführer in eigenen, rechtlich geschützten Positionen voraus (BGE 131 I 455 E. 1.2).

Weder der kantonalen Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln (insb. § 13 HmV/SZ) noch den §§ 32-34 der kantonalen Gesundheitsverordnung vom 16. Oktober 2002 (GesV/SZ) lässt sich eine legitimationsbegründende Schutznorm zugunsten der Apotheker entnehmen. Dasselbe gilt für das Heilmittelgesetz, welches die Regelung der Abgabe nicht verschreibungspflichtiger Medikamente durch Drogisten ohne grundlegende Einschränkungen den Kantonen überlässt, gleich wie dies das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Arzneimittelabgabe durch Ärzte bereits festgestellt hat (vgl. BGE 131 I 198 E. 2.5 S. 203, mit Hinweis auf den Entscheid 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003 betreffend die Selbstdispensationsregelung des Kantons Schwyz). Dies muss im Verhältnis zu den Drogisten erst recht gelten. Dass diese nur ausnahmsweise bzw. nur noch während der Übergangszeit bis zum 31. Dezember 2006 zur Abgabe von einigen wenigen, in die Abgabekategorie C eingeteilten Arzneimitteln befugt sind, beruht auf gesundheitspolitischen Überlegungen und dient namentlich dem Käufer von Arzneimitteln, bezweckt hingegen keinen eigentlichen strukturpolitischen Schutz der Apotheken. Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, die Drogisten würden ihnen gegenüber privilegiert

behandelt, ist zu bemerken, dass diesen mit der beanstandeten Regelung nichts gestattet wird, was den Beschwerdeführern nicht ebenfalls erlaubt ist. Beizufügen bleibt, dass der Kernbereich der Apothekertätigkeit - die Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (vgl. Art. 24 HMG) - durch die angefochtene Regelung nicht berührt wird. Auf die staatsrechtliche Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden.

E. 1.5

Auch wenn mit den Beschwerdeführern davon auszugehen wäre, dass im vorliegenden Fall die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben ist, könnte darauf nicht eingetreten werden. Denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung reicht die blosser Befürchtung eines Bewilligungsnehmers, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, nicht aus, um die Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 103 lit. a OG) zu begründen (BGE 127 II 264 E. 2b/c ; 125 I 7 ; Urteil 2A.19/206 vom 24. Mai 2006 E. 2, mit Hinweisen). Diese Grundsätze wären auch hier anzuwenden: Die Beschwerdeführer sind als Apotheker mit den Drogisten nicht in eine wirtschaftspolitische oder sonstige spezielle Regelung (z.B. Kontingentierung) eingebunden, die sie untereinander in eine besondere Beziehungsnähe versetzen würde. Hierbei fällt insbesondere ins Gewicht, dass es im konkreten Fall lediglich um eine sehr geringe Überschneidung (von lediglich 30 Arzneimitteln) im ohnehin beschränkten Markt der Arzneimittel der Abgabekategorie C geht; zudem sind durch den angefochtenen Beschluss gegenüber der früheren Liste lediglich acht Arzneimittel neu aufgenommen worden. Von einem legitimationsbegründenden Konkurrenzverhältnis im Markt der C-Arzneimittel kann damit nicht die Rede sein. Die Apotheker wären daher auch nicht zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert.

E. 1.6

Sind die beiden privaten Beschwerdeführer nicht legitimiert, so gilt dies ohne weiteres auch für den ebenfalls beschwerdeführenden kantonalen Apothekerverein.

E. 2

Auf die Beschwerde ist aus diesen Gründen nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang haben die Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens vor Bundesgericht solidarisch zu tragen (Art. 156 Abs. 1 und 7 OG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.