

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00577 vom 15. März 2012

ZH Verwaltungsgericht, 2012-03-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2011.00577](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00577)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00577 du 15 mars 2012

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00577 del 15 marzo 2012

## Regeste

Ärztliche Abgabe von Arzneimitteln | Arzneimittelabgabe via Versandapotheke durch nicht dispensationsberechtigte Ärzte. Die Beschwerdeführer (Vertreter von Ärzteinteressen) haben ein schutzwürdiges Interesse daran, dass im Rahmen einer Feststellungsverfügung über die Rechtmässigkeit ihres Geschäftsmodells (Abgabe von Arzneimitteln in Zusammenarbeit mit einer Versandapotheke) entschieden wird (E. 1.3.1). Das Interesse beschränkt sich auf die Rechtmässigkeitsprüfung zum Entscheidzeitpunkt, gestützt auf das gesamte in diesem Moment geltende Recht (E. 1.3.2). Wegen einem hängigen Verfahren vor Bundesgericht gilt in den Städten Zürich und Winterthur zur Zeit immer noch ein Verbot der ärztlichen Arzneimittelabgabe (Selbstdispensationsverbot; E. 1.3.3 und 2.2). Die Parteistellung der Mitbeteiligten (Vertreter von Apothekerinteressen) ist zu bejahen, da die vorliegende Streitigkeit die Frage tangiert, wie weit das Gesetz die Apotheker in den Städten Zürich und Winterthur vor ärztlicher Konkurrenz schützt (E. 1.4). Die Vorinstanz verletzte weder das Replikrecht (E. 1.5) noch die Begründungspflicht (E. 1.6) noch die Untersuchungspflicht (E. 1.7). Die im umstrittenen Geschäftsmodell vorgesehene Zusammenarbeit zwischen Ärzten und Versandapotheke bedeutet keine Verletzung ärztlicher Berufspflichten (E. 4.1). Es obliegt nicht den kantonalen Behörden, sondern der Swissmedic, darüber zu befinden, ob die zwischen der Versandapotheke und Ärzten getroffene Entschädigungsregelung mit dem Heilmittelgesetz vereinbar ist (E. 4.2). Es liegt eine verbotene ärztliche Arzneimittelabgabe vor, wenn nicht dispensationsberechtigte Ärzte ihren Patienten in der Praxis Arzneimittel übergeben, die sie von einer Versandhandelsapotheke bezogen haben (E. 4.3). Frage offen gelassen, ob das in der Zürcher Heilmittelverordnung statuierte Vermittlungsverbot auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht (E. 5.3). Es liegt eine verpönte Umgehung des Dispensationsverbots vor, wenn ein nicht dispensationsberechtigter Arzt einer Versandapotheke gegen Entschädigung Rezepte übermittelt und die Versandapotheke die bestellten Arzneimittel den Patienten hernach per Post zustellt: Da die betreffenden Ärzte ein finanzielles Interesse an der Arzneimittelabgabe durch die Versandapotheke haben, treten sie im Ergebnis in Konkurrenz zu den öffentlichen Apotheken der Städte Zürich und Winterthur, was dem Gesetzeszweck zuwiderläuft (E. 5.4). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 3

Abteilung VB.2011.00577 Urteil der 3. Kammer vom 15. März 2012 Mitwirkend: Abteilungspräsident Rudolf Bodmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Bea Rotach Tomschin, Verwaltungsrichterin Elisabeth Trachsel, Gerichtsschreiber Kaspar Plüss. In Sachen 1. A, 2. Versandapotheke der B AG, beide vertreten durch RA C,

Beschwerdeführende, gegen Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerin, und 1. D, 2. E, 3. F, 4. Apothekerverband des Kantons Zürich, alle vertreten durch RA H, Mitbeteiligte, betreffend Handel mit Arzneimitteln, hat sich ergeben: I. A. Verschiedene Ärztinnen und Ärzte im Kanton Zürich, die nicht über eine Bewilligung zur Abgabe von Arzneimitteln verfügen, haben mit der 1993 von Ärztinnen und Ärzten gegründeten Versandapotheke der B AG mit Sitz in I Medikamentenversandverträge abgeschlossen. Die Verträge sehen jeweils vor, dass die Ärztinnen und Ärzte die Rezepte in elektronischer Form an die Versandapotheke der B AG übermitteln. Die Versandapotheke lässt die verschriebenen Arzneimittel jeweils entweder den Patientinnen oder Patienten direkt (auf dem Postweg) zukommen, oder sie schickt sie der Rezept ausstellenden Arztperson, welche die Arzneimittel den Patientinnen und Patienten in der Praxis übergibt. B. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich legte in einem Schreiben vom 20. April 2006 an alle Ärztinnen und Ärzte in den Städten Zürich und Winterthur dar, dass sie das zwischen ihnen und der Versandapotheke der B AG praktizierte Konzept des Arzneimittelversands als rechtswidrig erachte. Ein solches Vorgehen verstosse gegen heilmittelrechtliche Bestimmungen sowie gegen das zürcherische Gesundheitsgesetz, die untersagten, ohne entsprechende Bewilligung Medikamente an Patientinnen und Patienten abzugeben. Die Ärzte würden darauf aufmerksam gemacht, dass die Gesundheitsdirektion Verstösse mit verwaltungs- und strafrechtlichen Massnahmen ahnde. C. Am 28. August 2006 unterbreiteten der Apothekerverband des Kantons Zürich, die Apothekerin D und die Apotheker E und F der Gesundheitsdirektion ein Gesuch, wonach sie als eigentliche Parteien in alle laufenden oder zukünftigen (nicht-streitigen) Verwaltungsverfahren vor der kantonalen Gesundheitsdirektion miteinzubeziehen seien, in welchen Versandapotheken wie die Versandapotheke der B AG oder Ärztinnen und Ärzte der Städte Zürich und Winterthur im Zusammenhang mit der bestehenden Selbstdispensationsregelung von sich aus aktiv würden (Erwirken einer allfälligen Feststellungsverfügung) bzw. passiv betroffen seien (Bekämpfung einer allfälligen Verfügung der Gesundheitsdirektion). Eventuell seien die Gesuchsteller als Beigeladene in solche Verfahren miteinzubeziehen; subeventuell sei den Gesuchstellern Akteneinsicht in solche Verfahren zu gewähren. D. Am 10. November 2006 unterbreiteten Dr. med. A (Inhaber einer ärztlichen Praxis in Zürich), die Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich sowie die Versandapotheke der B AG der Gesundheitsdirektion ein Feststellungsbegehren mit verschiedenen Teilfragen. Im Wesentlichen ersuchten sie um die Feststellung, dass A und andere im Kanton Zürich praktizierende Ärztinnen und Ärzte sich nicht rechtswidrig verhalten, insbesondere nicht gegen das Gesundheitsgesetz und das Verbot der Führung einer ärztlichen Privatapotheke verstossen, wenn sie näher bezeichnete Handlungen im Zusammenhang mit dem Bezug von Medikamenten bei der Versandapotheke der B AG und deren Weiterleitung an die Patientinnen und Patienten vornehmen, insbesondere wenn sie über keine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke verfügen, wenn sie für ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem Erfassen und Übermitteln der Rezeptinformationen von der Versandapotheke der B AG eine Entschädigung von maximal Fr. 5.- pro Rezeptzeile entgegennehmen, oder wenn sie Aktionäre der Versandapotheke der B AG sind oder werden. E. Am 28. Februar 2007 verfügte die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, (I.) es werde festgestellt, dass A und andere im Kanton Zürich praktizierende Ärztinnen und Ärzte, die nicht über eine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke verfügten, sich rechtswidrig verhielten, (a) wenn sie Arzneimittel enthaltende Sendungen der Versandapotheke der B AG zuhänden ihrer Patientinnen und Patienten in ihrer

ärztlichen Praxis empfangen und an diese weiterleiteten (selbst wenn sie die Sendung in ihrer ärztlichen Praxis nicht öffneten), und (b) wenn sie Rezeptinformationen der Versandapotheke der B AG übermittelten, welche sodann die Arzneimittel direkt der Patientin bzw. dem Patienten zustelle, insbesondere wenn sie für ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem Erfassen und Übermitteln der Rezeptinformationen von der Versandapotheke der B AG eine Entschädigung pro Rezeptzeile entgegennähmen oder wenn sie für ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem Empfang und der Weiterleitung von Arzneimittelsendungen eine Entschädigung pro Sendung von der Versandapotheke der B AG entgegennähmen (unabhängig davon, ob sie eine oder mehrere Aktien der Versandapotheke der B AG besässen); (II.) es werde festgestellt, dass im Kanton Zürich praktizierende Ärztinnen und Ärzte, die über eine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke verfügten, sich nicht rechtswidrig verhielten, wenn sie Rezeptinformationen elektronisch erfassten und an die Versandapotheke der B AG übermittelten, insbesondere auch wenn die Rezeptinformationen nicht ihre eigenhändige Unterschrift trügen (solange ihre Identität eindeutig identifizierbar sei); (III.) es werde festgestellt, dass A und andere im Kanton Zürich praktizierende Ärztinnen und Ärzte – unabhängig davon, ob sie über eine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke verfügten – sich unter Vorbehalt von Disp.-Ziff. I nicht rechtswidrig verhielten, wenn sie eine oder mehrere Aktien der Versandapotheke der B AG erwerben würden. Dem Gesuch der Apothekerschaft vom 28. August 2006 um Verfahrensbeteiligung entsprach die Gesundheitsdirektion nicht; sie begründete dies im Rahmen der Erwägungen damit, dass mit der vorliegenden Feststellungsverfügung bezüglich den Hauptanliegen im Sinn der Anträge der Apothekerschaft entschieden worden sei. F. Am 30. März 2007 erhoben A, die Ärztesgesellschaft und die Versandapotheke der B AG beim Regierungsrat Rekurs. Sie beantragten die Aufhebung der Verfügung der Gesundheitsdirektion vom 28. Februar 2007 und stellten diverse Feststellungsanträge. G. Am 2. April 2007 gelangten D, E, F und der Apothekerverband gleichzeitig an den Regierungsrat und an das Verwaltungsgericht. Sie beantragten, sie seien als „eigentliche Parteien“, eventuell als Beigeladene, in das von der Ärzteschaft am 10. November 2006 anhängig gemachte Feststellungsverfahren, inklusive das entsprechende Rechtsmittelverfahren, miteinzubeziehen. Innert einer vom Regierungsrat gewährten Frist zur Stellungnahme beantragten sie am 31. August 2007 unter anderem, der Rekurs sei in Bestätigung der vorinstanzlichen Verfügung abzuweisen. H. Mit Beschluss vom 19. April 2007 trat das Verwaltungsgericht auf die von der Apothekerschaft erhobene Beschwerde wegen funktioneller Unzuständigkeit nicht ein (VB.2007.00153). I. Am 30. November 2008 nahmen die Stimmberechtigten des Kantons Zürich die Volksinitiative "Ja zur Wahlfreiheit beim Medikamentenbezug (Zürcher Medikamentenabgabe-Initiative)" an. Darin war ein neuer § 17 des Gesundheitsgesetzes vorgesehen, wonach die Bewilligung zur Führung einer ärztlichen Privatapotheke – die zur Abgabe von Arzneimitteln an Patientinnen und Patienten ermächtigt – nicht mehr den Ärztinnen und Ärzten ausserhalb der Städte Zürich und Winterthur vorbehalten bleibt, sondern sämtlichen praxisberechtigten Ärztinnen und Ärzten im Kanton Zürich erteilt wird. Eine gegen diese Gesetzesänderung erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wies das Bundesgericht mit Urteil 2C\_53/2009 vom 23. September 2011 ab, soweit es darauf eintrat. J. Mit Urteil VB.2011.00240 vom 9. Juni 2011 hiess das Verwaltungsgericht eine Rechtsverzögerungsbeschwerde von D, E, F und dem Apothekerverband gut und forderte den Regierungsrat auf, den Rekurs der Ärzteschaft vom 30. März 2007 sowie jenen der Apothekerschaft vom 2. April 2007 unverzüglich zu

behandeln. II. Am 13. Juli 2011 beschloss der Regierungsrat des Kantons Zürich, (I.) die vereinigten Rekurse von D, E, F und dem Apothekerverband des Kantons Zürich sowie von A, der Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich und der Versandapotheke der B AG gegen die Verfügung der Gesundheitsdirektion vom 28. Februar 2007 würden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werde und sie nicht gegenstandslos geworden seien, und (II.) die Kosten des Rekursverfahrens würden den Rekurrenten auferlegt; eine Parteientschädigung werde nicht zugesprochen. III. A. Am 13. September 2011 gelangten A und die Versandapotheke der B AG mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragten, (1.) der Entscheid des Regierungsrats vom 13. Juli 2011 sei aufzuheben; (2.) das Verfahren sei zur Vervollständigung der Akten und zu neuer Entscheidung an den Regierungsrat zurückzuweisen; (3.) eventuell sei festzustellen, dass A und andere im Kanton Zürich praktizierende Ärztinnen und Ärzte sich nicht rechtswidrig verhielten und insbesondere nicht gegen das Heilmittelgesetz, das Gesundheitsgesetz und das auf die Städte Zürich und Winterthur beschränkte Verbot der Führung einer ärztlichen Privatapotheke verstiesse, wenn sie Arzneimittel enthaltende Sendungen der Versandapotheke der B AG zuhänden ihrer Patientinnen und Patienten in ihrer ärztlichen Praxis empfangen und an diese weiterleiteten, insbesondere wenn (a) die Arzneimittel der Ärztin oder dem Arzt in einer verschlossenen Sendung übergeben würden, sodass diese in der ärztlichen Praxis nicht geöffnet werden könne, (b) sie für ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem Empfang und der Weiterleitung von Arzneimittelsendungen eine Entschädigung von pauschal Fr. 5.- pro Sendung von der Versandapotheke der B AG annähmen und (c) sie über keine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke bzw. zur Abgabe von Arzneimitteln nach den Bestimmungen über die Selbstdispensation verfügten; (4.) eventuell sei festzustellen, dass A und andere im Kanton Zürich praktizierende Ärztinnen und Ärzte sich nicht rechtswidrig verhielten, insbesondere nicht gegen das Heilmittelgesetz, das Gesundheitsgesetz und das auf die Städte Zürich und Winterthur beschränkte Verbot der Führung einer ärztlichen Privatapotheke verstiesse, insbesondere wenn sie (a) für ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem Erfassen und Übermitteln der Rezeptinformationen von der Versandapotheke der B AG eine Entschädigung von maximal Fr. 5.- pro Rezeptzeile annähmen, (b) sie für den Dossiercheck (Fr. 12.- pro Jahr und Patient), die Interaktionskontrolle (Fr. 1.- pro Rezeptzeile) und die Neukundeneröffnung (Fr. 40.- einmalig pro Patient) annähmen und (c) sie zur Führung einer Privatapotheke nicht berechtigt seien; (5.) eventuell sei festzustellen, dass A und andere im Kanton Zürich praktizierende Ärztinnen und Ärzte nicht gegen das Medizinalberufegesetz verstiesse, wenn sie die in Ziff. 4 genannten Entschädigungen annähmen; (6.) für den Fall, dass das Verhalten gemäss Ziff. 3 und/oder 4 einen bewilligungspflichtigen Vorgang darstellen sollte, sei festzustellen, dass die Bestimmungen über die ärztliche Arzneimittelabgabe, insbesondere § 17 des Gesundheitsgesetzes, einer Bewilligung nicht entgegenstünden; (7.) unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse. In prozessualer Hinsicht beantragten sie, (1.) es sei festzustellen, dass den privaten Beschwerdegegnern die Beschwerdelegitimation fehle, (2.) es sei festzustellen, dass diese nicht berechtigt seien, sich als Partei am Beschwerdeverfahren zu beteiligen, (3.) der Antrag auf Beiladung der privaten Beschwerdegegner sei abzuweisen, (4.) über die prozessualen Anträge (Ziff. 1–3) sei vor dem Sachentscheid vorweg zu entscheiden. B. Am 27. September 2011 beantragte der Regierungsrat des Kantons Zürich die Abweisung der Beschwerde vom 13. September 2011, soweit sie im Zeitpunkt der Entscheidung ihren (Haupt-)Gegenstand nicht ohnehin verloren habe. Zur Begründung verwies der Regierungsrat auf den angefochtenen

Rekursentscheid, auf das Ergebnis der Volksabstimmung vom 30. November 2008 betreffend Änderung von § 17 des Gesundheitsgesetzes sowie auf das in der Folge ergangene Bundesgerichtsurteil 2C\_53/2009 vom 23. September 2011 (vgl. oben, I.I). C. Am 5. Oktober 2011 beschloss der Regierungsrat, die mit der Volksinitiative "Ja zur Wahlfreiheit beim Medikamentenbezug" beschlossene Änderung von § 17 des Gesetzes über das Gesundheitswesen vom 4. November 1962 (aGesG; vgl. oben, I.I) werde auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzt, und die mit dieser Volksinitiative beschlossene Änderung von § 17 werde als § 25a in das Gesundheitsgesetz vom 2. April 2007 (GesG) eingefügt. D. Mit Beschwerdeantwort vom 26. Oktober 2011 beantragte die Gesundheitsdirektion die Abweisung der Beschwerde vom 13. September 2011, soweit darauf eingetreten werde. Zur Begründung verwies sie in erster Linie auf ihre Verfügung vom 28. Februar 2007, ihre Rekursantwort vom 29. August 2007 sowie den Rekursentscheid des Regierungsrats vom 13. Juli 2011. E. Am 9. Januar 2012 nahmen D, E, F und der Apothekerverband des Kantons Zürich, die das Verwaltungsgericht einstweilen als Mitbeteiligte zum Verfahren zugelassen hatte, Stellung zur Beschwerde. Sie beantragten, (1.) die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführenden abzuweisen, (2.1) die Mitbeteiligten seien in das am 10. November 2006 anhängig gemachte Feststellungsverfahren und das in der Folge eingeleitete Rechtsmittelverfahren miteinzubeziehen, (2.2) eventualiter seien die Mitbeteiligten als Beigeladene in das Verfahren miteinzubeziehen, und (2.3) subeventualiter sei den Mitbeteiligten Einsichtnahme in die Verfahrensakten zu gewähren. F. Mit Urteil VB.2011.00722 vom 17. Januar 2012 wies das Verwaltungsgericht eine gegen den Regierungsratsbeschluss vom 5. Oktober 2011 erhobene Beschwerde von Apothekerinnen und Apothekern ab und legte den Termin der Inkraftsetzung von § 25a GesG neu auf den 1. Mai 2012 fest. Gegen dieses Urteil erhoben am 13. Februar 2012 mehrere Apotheker Beschwerde beim Bundesgericht, über die das Gericht noch nicht entschieden hat. Sie beantragten unter anderem, dass die beschlossene Gesetzesänderung nicht per 1. Mai 2012, sondern mit einer Übergangsfrist von mindestens fünf Jahren in Kraft gesetzt werde. G. Im Rahmen der Replik vom 20. Februar 2012 hielten die Beschwerdeführenden an ihrem Antrag auf Beschwerdegutheissung fest. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Zur Behandlung der vorliegenden Streitigkeit ist das Verwaltungsgericht gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) sachlich und funktionell zuständig. 1.2 Der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens beschränkt sich auf die Frage, ob die Vorinstanzen zu Recht zum Schluss gekommen sind, dass bestimmte Verhaltensweisen der Beschwerdeführenden, die im Zusammenhang mit der Abgabe von Arzneimitteln an Patienten stehen, als rechtswidrig zu erachten seien (Disp.-Ziff. I der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 28. Februar 2007). Nicht mehr strittig ist hingegen die Frage der Zulässigkeit der Ausstellung elektronischer Rezepte sowie des Erwerbs von Aktien der Beschwerdeführerin 2 durch Ärzte (vgl. Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 20. April 2006 sowie Disp.-Ziff. III der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 28. Februar 2007). 1.3 Zu prüfen ist, inwieweit die Beschwerdeführenden ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids haben. 1.3.1 Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens ist die aufgrund des Feststellungsbegehrens der Beschwerdeführenden vom 10. November 2006 ergangene Feststellungsverfügung der Beschwerdegegnerin vom 28. Februar 2007. Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt ein schützenswertes Interesse voraus, worunter rechtsprechungsgemäss ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der

sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zu verstehen ist, dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, und welches nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann (BGE 130 V 388 E. 2.4). Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdegegnerin das von den Beschwerdeführenden praktizierte Konzept des Arzneimittelversands im Schreiben vom 20. April 2006 als rechtswidrig erachtet und gedroht, Verstösse mit verwaltungs- und strafrechtlichen Massnahmen zu ahnden (vgl. Art. 86 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG]). Unter diesen Umständen ist ihr Interesse, die Frage der Rechtmässigkeit ihres Handelns im Rahmen einer Feststellungsverfügung zu klären, als schutzwürdig zu erachten (vgl. Beatrice Weber-Dürler, in: Kommentar VwVG, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25 N. 11 f.).

1.3.2 Das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführenden beschränkt sich auf die Frage der Rechtmässigkeit des Verhaltens der Beschwerdeführenden im Zusammenhang mit der Arzneimittelabgabe – wobei es nicht darauf ankommen kann, gestützt auf welche gesetzlichen Grundlagen diese Frage beantwortet wird (vgl. § 7 Abs. 4 VRG). Die Beschwerdeführenden haben insbesondere kein schutzwürdiges Interesse daran, dass die Entscheidbehörde Feststellungen trifft, die eine zum Entscheidzeitpunkt nicht mehr geltende Rechtslage betreffen oder die sich nicht auf die gesamte Rechtslage, sondern nur auf einzelne ausgewählte Gesetze beziehen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Rekurs unter Berufung auf das Medizinalberufegesetz abwies, obwohl der erstinstanzliche Entscheid vor Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen war. Ferner durfte sich die Vorinstanz auf eine – nicht beantragte – Prüfung der medizinalberufegesetzlichen Rechtmässigkeit beschränken und trotz entsprechenden Feststellungsbegehren offenlassen, ob die Beschwerdeführenden mit ihrem Verhalten heilmittel- und/oder gesundheitsgesetzliche Bestimmungen verletzen. Die diesbezügliche Rechtsverweigerungs- und Gehörsverletzungsrüge der Beschwerdeführenden erweist sich demnach als unbegründet.

1.3.3 Nicht zu untersuchen ist im vorliegenden Verfahren, ob das Interesse der Beschwerdeführenden an der Anfechtung von Disp.-Ziff. I der Verfügung vom 28. Februar 2007 auch dann als schutzwürdig zu erachten wäre, wenn bereits heute sämtliche Ärzte im Kanton Zürich – auch jene in den Städten Zürich und Winterthur – zur Führung einer Privapothek zugelassen wären: Die entsprechende Regelung (§ 25a GesG) wird frühestens am 1. Mai 2012 in Kraft treten (vgl. oben, III. F).

1.3.4 Mit der Vorinstanz ist schliesslich davon auszugehen, dass die Beschwerdeführenden kein schutzwürdiges Interesse an einer Überprüfung von Disp.-Ziff. II der Verfügung vom 28. Februar 2007 haben, da darin rechtmässige Verhaltensweisen umschrieben werden.

1.4 Die Beschwerdeführenden (Vertreter von Ärzteinteressen) bestreiten die Parteistellung der Mitbeteiligten (Vertreter von Apothekerinteressen). Nach der Rechtsprechung sind Vertreter von Apothekerinteressen legitimiert, sich gegen die Aufhebung einer Norm zu wehren, welche die Apotheker in den Städten Winterthur und Zürich vor Konkurrenz durch Ärzte schützt, indem sie ihnen die Selbstdispensation von Arzneimitteln verbietet (BGr, 23. September 2011, 2C\_53/2009, E. 1.3; VGr, 17. Januar 2010, VB.2011.00722, E. 2.2). Im vorliegenden Verfahren setzen sich die Beschwerdeführenden dafür ein, dass es Ärzten, die über keine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke verfügen – d. h. auch Ärzten aus Zürich und Winterthur –, künftig erlaubt sein solle, den Patienten Arzneimittel zu verschreiben und zu übergeben, die sie aus einer von Ärzten gegründeten Versandhandelsapotheke beziehen. Dieses Begehren tangiert die Frage, einen wie weit

reichenden Schutz vor ärztlicher Konkurrenz das Gesetz den Apothekern in den Städten Zürich und Winterthur bietet, sodass ein schutzwürdiges Interesse bzw. die Parteistellung der Apotheker zu bejahen ist. Die Mitbeteiligten hätten demnach an sich auch im erstinstanzlichen Verfahren als Partei in den Prozess einbezogen werden müssen. Dass die Beschwerdegegnerin sie formell nicht als Partei anerkannte, gereichte ihnen allerdings nicht zum Nachteil: Ihre Anliegen wurden zumindest teilweise mitberücksichtigt (vgl. E. 7 der erstinstanzlichen Verfügung), und die Vorinstanz gewährte ihnen Parteistellung bzw. wahrte ihren Anspruch auf rechtliches Gehör. 1.5 Soweit die Beschwerdeführenden geltend machen, der Regierungsrat habe sie über mehrere entscheidrelevante Unterlagen nicht informiert und ihnen insbesondere keine Gelegenheit gegeben, zur Rekursantwort der Mitbeteiligten sowie zu rechtlichen und tatsächlichen Änderungen im Verlauf des Rekursverfahrens Stellung zu nehmen, ist von der Heilung einer allfälligen Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rahmen des Beschwerdeverfahrens auszugehen (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2). 1.6 Der Vorinstanz kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden keine Verletzung der Begründungspflicht vorgeworfen werden. Sie hat die Gründe, die zu ihrem abweisenden Rekursbeschluss geführt haben, im Einzelnen dargelegt (vgl. BGE 137 I 235 E. 3.6). Insbesondere hat sie begründet, weshalb die Übergabe von Arzneimitteln an Patienten im vorliegenden Fall als ärztliche Arzneimittelabgabe zu qualifizieren sei und warum das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 2 die Gefahr mit sich bringe, dass Patienteninteressen ungenügend gewahrt würden und das Handeln der Ärzte nicht hinreichend unabhängig von finanziellen Vorteilen sei. Dadurch wurden die Beschwerdeführenden in die Lage versetzt, sich mit den Gründen der Rekursabweisung auseinanderzusetzen und diese auf ihre Stichhaltigkeit hin zu prüfen. 1.7 Die Begründung des Rekursbeschlusses beruht im Übrigen auf hinreichenden Sachverhaltsabklärungen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz ihre Untersuchungspflicht in Bezug auf entscheidrelevante Gegebenheiten verletzt haben sollte. Der Antrag der Beschwerdeführenden auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Vervollständigung der Akten und zu neuer Entscheidung ist demnach abzuweisen. 2. 2.1 Die Kantone bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Ärzte und Ärztinnen mit einer kantonalen Bewilligung zur Führung einer Apotheke den zugelassenen Apothekern und Apothekerinnen gleichgestellt sind. Sie berücksichtigen dabei insbesondere die Zugangsmöglichkeiten der Patienten und Patientinnen zu einer Apotheke (Art. 37 Abs. 3 KVG). 2.2 Im Kanton Zürich statuierte § 17 des bis am 30. Juni 2008 geltenden Zürcher Gesundheitsgesetzes (aGesG), der gestützt auf § 64 des am 1. Juli 2008 in Kraft getretenen neuen Gesundheitsgesetzes (GesG) vorläufig weitergalt, dass zur Führung einer Privatapotheke Ärzte ausserhalb der Städte Zürich und Winterthur berechtigt seien, die über eine entsprechende Bewilligung der Gesundheitsdirektion verfügten. Seit dem 1. Januar 2012 sieht § 64 GesG nunmehr vor, dass das Gesetz über das Gesundheitswesen vom 4. November 1962 ausnahmslos – d. h. auch in Bezug auf § 17 aGesG – aufgehoben wird (OS 66, 513). In Bezug auf § 17 aGesG kann die Aufhebung indessen so lange nicht gelten, als § 25a GesG – der § 17 aGesG gerade ersetzen soll (vgl. oben, III.C) – noch nicht in Kraft getreten ist. In einer Fussnote zu § 25a GesG ist im Gesetz angemerkt, dass gegen die Inkraftsetzung dieser Bestimmung eine Beschwerde hängig ist, der aufschiebende Wirkung zukommt. § 17 aGesG ist demnach noch bis mindestens am 1. Mai 2012 in Kraft (vgl. oben, III.F). 2.3 Verschreibungspflichtige Arzneimittel abgeben dürfen: a. Apothekerinnen und Apotheker auf ärztliche Verschreibung und in begründeten Ausnahmefällen auch ohne ärztliche Verschreibung; b. weitere Medizinalpersonen

entsprechend den Bestimmungen über die Selbstdispensation; c. entsprechend ausgebildete Fachpersonen unter der Kontrolle von Personen nach den Buchstaben a und b (Art. 24 Abs. 1 HMG). Als "Abgeben" im Sinn des Heilmittelgesetzes gilt die entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung oder Überlassung eines verwendungsfertigen Heilmittels für die Verwendung durch den Erwerber oder die Erwerberin sowie für die Anwendung an Drittpersonen oder an Tieren (Art. 4 Abs. 1 lit. f HMG). Wer Arzneimittel in Apotheken, Drogerien und andern Detailhandelsgeschäften abgibt, benötigt eine kantonale Bewilligung (Art. 30 Abs. 1 HMG). Die Kantone regeln die Voraussetzungen und das Verfahren für die Erteilung der Detailhandelsbewilligung. Sie führen periodisch Betriebskontrollen durch (Art. 30 Abs. 2 HMG). 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 (Art. 33 Abs. 1 HMG). 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 (Art. 33 Abs. 2 HMG). 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 (Art. 33 Abs. 3 HMG). Der Versandhandel mit Arzneimitteln ist grundsätzlich untersagt (Art. 27 Abs. 1 HMG). Eine Bewilligung wird nur erteilt, wenn: (a) für das betreffende Arzneimittel eine ärztliche Verschreibung vorliegt; (b) keine Sicherheitsanforderungen entgegenstehen; (c) die sachgemässe Beratung sichergestellt ist; (d) eine ausreichende ärztliche Überwachung der Wirkung sichergestellt ist (Art. 27 Abs. 2 HMG). Der Bundesrat regelt die Einzelheiten (Art. 27 Abs. 3 HMG; vgl. Art. 29 ff. der Arzneimittelverordnung vom 17. Oktober 2001 [VAM]). Die Kantone erteilen die Bewilligung (Art. 27 Abs. 4 HMG). 2.4 Nach § 18 Abs. 4 der zürcherischen Heilmittelverordnung vom 21. Mai 2008 (HMV) ist die Vermittlung von Arzneimitteln nur zulässig, wenn die Vermittelnden selbst befugt sind, die betreffenden Arzneimittel an die bestellende Person abzugeben. Ärztinnen und Ärzte, die eine Privatapotheke führen wollen, benötigen eine Detailhandelsbewilligung der Kantonalen Heilmittelkontrolle. Die Bewilligung wird auf Gesuch hin praxisberechtigten Personen, ambulanten ärztlichen Institutionen und Polikliniken erteilt (§ 25 Abs. 1 HMV). 2.5 Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben, unterliegen diversen Berufspflichten; unter anderem wahren sie bei der Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe ausschliesslich die Interessen der Patientinnen und Patienten und handeln unabhängig von finanziellen Vorteilen (Art. 40 Abs. 1 lit. e MedBG).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, das von ihnen betriebene Geschäftsmodell mit Arzneimitteln verstosse nicht gegen gesundheits- und heilmittelrechtliche Bestimmungen. Die ratio legis von Art. 24 Abs. 1 lit. b HMG bestehe nicht darin, Geschäftsmodelle wie jenes der Beschwerdeführerin 2 zu verhindern. Vielmehr gehe es darum, eine den lokalen Gegebenheiten angepasste optimale Arzneimittelversorgung zu gewährleisten und die ärztliche Selbstdispensation jedenfalls an Orten zuzulassen, wo es nicht genügend öffentliche Apotheken gebe. In Bezug auf den Kanton Zürich bedeute dies, dass die Apotheker in den Städten Zürich und Winterthur zwar vor Konkurrenz durch ärztliche Privatapotheken geschützt seien, da die Dichte öffentlicher Apotheken hier genügend gross sei. Nicht geschützt seien die Apotheker hingegen vor der Konkurrenz durch öffentliche

Apotheken. Die Beschwerdeführerin 2 betreibe aber mit ihrer ausserkantonalen Versandhandelsapotheke eine öffentliche Apotheke und verbessere damit die Versorgungssicherheit, sodass kein Verstoß gegen das Verbot der ärztlichen Arzneimittelabgabe vorliege. Die Ärzte, die Arzneimittel von der Beschwerdeführerin 2 bezögen, betrieben keine Privatapotheke und müssten demnach nicht über eine entsprechende Bewilligung verfügen. Im Übrigen habe die Vorinstanz nicht beachtet, dass die Beschwerdeführerin 2 in den letzten Jahren Änderungen an ihrem Geschäftsmodell vorgenommen habe, die bei der Rezeptverschreibung eine noch grössere ärztliche Unabhängigkeit ermöglichen: Die bisherige Erfassungsentschädigung von pauschal Fr. 5.- pro Rezeptzeile sei durch eine Entschädigung für die Interaktionskontrolle von Fr. 1.- pro Rezeptzeile ersetzt worden. Ferner entschädige die Beschwerdeführerin 2 die Ärzte mit Fr. 40.- pro Neukundeneröffnung, Fr. 12.- pro Dossiercheck (jährlich) sowie Fr. 5.- pro Sendung (Logistikentschädigung). Dieses Vertriebssystem habe die Swissmedic als mit Art. 33 HMG vereinbar erachtet; das Modell sei preisgünstig und entlaste das öffentliche Gesundheitswesen finanziell spürbar. Die Ärzte beeinträchtigten die Wahlfreiheit der Patienten nicht; das Vertriebssystem stehe vielmehr im Interesse der Patienten: Der Bezug von Arzneimitteln bei der Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2 sei im Vergleich zum Bezug bei anderen Apotheken günstiger, da auf Apothekerpauschalen verzichtet werde und weil Rabatte bis zu 12 % sowie kostenlose Heimlieferungen gewährt würden. Die Ärzte handelten unabhängig von finanziellen Vorteilen: Sie erhielten keine Doppelentschädigungen, sondern lediglich ein Entgelt dafür, dass die elektronische Erfassung und Übermittlung von Rezeptdaten Aufwand verursache, den die Tarmed nicht abgelte. Die weiteren Kosten würden ebenfalls für Leistungen erhoben, die von Tarmed nicht abgegolten würden, die aber aufgrund gesetzlicher Pflichten anfielen, nämlich Kosten für die Interaktionskontrolle sowie für Neukundeneröffnungen und Adressaktualisierungen (Art. 29 Abs. 2 lit. a und b VAM).

### **E. 3.2**

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 2 sei auch nach heutigem Recht mit ärztlichen Arzneimittelabgaben verbunden und müsse deshalb jenen Ärzten vorbehalten sein, die über eine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke verfügten. Daran änderten auch die geltend gemachten Änderungen des Geschäftsmodells der Beschwerdegegnerin 2 in Bezug auf Kosten für die Interaktionskontrolle, den jährlichen Dossiercheck und die Neukundeneröffnungen nichts. Insgesamt hätten die betroffenen Ärzte immer noch ein eigenes wirtschaftliches Interesse an Arzneimittelverschreibungen über die Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2.

### **E. 3.3**

Die Mitbeteiligten machen geltend, die Zürcher und Winterthurer Ärzte umgingen mit der Versandapotheke der Beschwerdeführerin 2 das immer noch geltende Selbstdispensationsverbot. Würde man dieses Modell zulassen, so würden die betreffenden Ärzte von zahlreichen Pflichten entbunden, die für Apotheker gälten (Räumlichkeiten, Notfallversorgung, Lagerhaltung, Medikamentenberatung, Qualitätskontrolle, Pharmazieausbildung etc.). Es sei unzulässig, wenn sich Ärzte auf die Verschreibung hochprofitabler Rezeptmedikamente beschränkten und den Apothekern nur das Angebot nicht-rezeptpflichtiger, weniger rentabler Arzneimittel überliessen, sodass unrentable Leistungen nicht mehr quersubventioniert werden könnten.

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz erachtete das von den Beschwerdeführenden betriebene Geschäftsmodell gestützt auf Art. 40 Abs. 1 lit. e MedBG als unrechtmässig. Sie begründete dies damit, dass die betroffenen Ärztinnen und Ärzte nicht mehr unabhängig von finanziellen Vorteilen handelten, wenn sie ihren Patientinnen und Patienten Arzneimittel übergäben, die sie über die Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2 bezogen hätten. Würde man dieser Argumentation folgen, so wäre der Bezug von Arzneimitteln bei der Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2 allerdings nicht nur jenen Ärztinnen und Ärzten verboten, denen die Führung einer Privatapotheke untersagt ist, sondern auch jenen, die zur Selbstdispensation zugelassen sind, denn die in Art. 40 MedBG statuierten Berufspflichten gelten für sämtliche Ärztinnen und Ärzte – unabhängig von ihren Befugnissen in Bezug auf die Arzneimittelabgabe. Es ist indessen nicht ersichtlich, weshalb einer zur Führung einer Privatapotheke und zur Abgabe von Arzneimitteln berechtigten Arztperson der Arzneimittelbezug über eine Versandhandelsapotheke verboten sein sollte; ihr Handeln wäre jedenfalls nicht weniger abhängig von finanziellen Vorteilen, wenn sie die Arzneimittel von einer anderen Quelle bezöge. Da somit kein Verstoß gegen Art. 40 Abs. 1 lit. e MedBG vorliegt, wenn ein dispensationsberechtigter Arzt Arzneimittel über die Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2 bezieht, kann auch keine Berufspflichtverletzung vorliegen, wenn eine zur Arzneimittelabgabe nicht zugelassene Ärztin dies tut. Im Zusammenhang mit dem (unbegründeten) Vorwurf der Berufspflichtverletzung muss demnach nicht näher untersucht werden, ob bzw. in welchem Umfang den Ärztinnen und Ärzten finanzielle Vorteile zufließen, wenn sie Arzneimittel bei der Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2 beziehen.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat sodann geprüft – wenn auch offengelassen –, ob das Geschäftsmodell der Beschwerdeführenden gegen das in Art. 33 HMG statuierte Verbot der Gewährung oder Annahme geldwerter Vorteile für die Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln verstosse. Die Überprüfung der Frage erübrigt sich im vorliegenden Zusammenhang bereits deshalb, weil es gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht den kantonalen Gesundheitsbehörden, sondern dem Schweizerischen Heilmittelinstitut (Swissmedic) obliegt, darüber zu befinden, ob die zwischen der Versandapotheke der Beschwerdeführerin 2 und den ihrem Vertriebssystem angeschlossenen Ärztinnen und Ärzten getroffene Entschädigungsregelung mit Art. 33 HMG vereinbar sei, und gegebenenfalls die gebotenen Massnahmen anzuordnen (BGr, 16. November 2006, 2P.32/2006, E. 3.4; BGr, 20. September 2007, 2P.169/2006, E. 3.4).

#### **E. 4.3**

Zu prüfen ist sodann die Frage, inwiefern das Geschäftsmodell der Beschwerdeführenden eine bewilligungspflichtige ärztliche Arzneimittelabgabe beinhaltet. Mit dem Begriff "Abgabe" im Sinn von Art. 4 Abs. 1 lit. f HMG wird gemäss der Lehre die letzte Stufe erfasst, d. h. das Übertragen oder Überlassen eines verwendungsfertigen Arzneimittels an eine Endverbraucherin bzw. einen Endverbraucher (vgl. Heidi Bürgi, in: Basler Kommentar zum Heilmittelgesetz, Basel 2006, Art. 24 N. 5 und Art. 30 N. 3; Ursula Eggenberger Stöckli, a. a. O., Art. 4 N. 83; siehe auch Botschaft des Bundesrats vom 1. März 1999 zum Heilmittelgesetz, BBl 1999 S. 3490 f.). Nach Auffassung der Beschwerdeführenden, die sich auf ein Urteil des Berner Verwaltungsgerichts vom 11. September 1995 stützen (BVR 1996 S. 368 ff. E. 4c), ist nicht von einer ärztlichen Arzneimittelabgabe auszugehen, wenn

eine Ärztin oder ein Arzt ein bei der Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2 bezogenes Arzneimittel in der Arztpraxis einem Patienten übergibt. Das Handeln der Ärztin bzw. des Arztes wäre demnach jenem eines Postboten ähnlich, der einem Patienten ein Arzneimittel überbringt, das dieser bei einer Versandapotheke bestellt hat, die über eine Bewilligung gemäss Art. 27 HMG verfügt. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Verschickt eine Versandapotheke ein Arzneimittel über die Post, so kommt dem Postboten klarerweise eine bloss logistische Rolle als Paketüberbringer zu, der keine ärztliche bzw. pharmazeutische Funktionen ausübt und der – über die Zustellspesen hinaus – weder vom Absender noch vom Adressaten eine Entlohnung erhält. Der Patientin bzw. dem Patienten ist demnach bewusst, dass die heilmittelrechtliche Abgabe des Arzneimittels nicht durch den Postboten, sondern durch die Versandapotheke erfolgt. Wird das Arzneimittel hingegen durch eine Arztperson in einer Arztpraxis übergeben, so nimmt der Patient diese nicht bloss als – anstelle der Post tätigen – Überbringerin von Arzneimitteln wahr, die eine Apotheke abgegeben hat, sondern als medizinisch geschulte Person mit entsprechendem Fachwissen, die von der Versandapotheke für ihre Leistung ein Entgelt erhält. Aus Sicht der Patienten macht es höchstens einen geringfügigen Unterschied, ob der Arzt das Arzneimittel, das er ihnen übergibt, aus seiner eigenen Privatapotheke oder über die Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2 bezogen hat; beide Vorgänge müssen demnach als Arzneimittelabgabe qualifiziert werden. Aus Gründen des Konkurrenzschutzes wollte der Gesetzgeber die Arzneimittelabgabe aber gerade jenen – ausserhalb der Städte Zürich und Winterthur tätigen – Ärztinnen und Ärzten vorbehalten, die über eine Selbstdispensationsberechtigung verfügen (BGr, 23. September 2011, 2C\_53/2009, E. 1.3; vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. b und Art. 30 Abs. 1 HMG; Art. 37 Abs. 3 KVG in Verbindung mit § 17 aGesG). Demnach kam die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht zum Schluss, dass es Ärztinnen und Ärzten, die über keine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke verfügen, nicht erlaubt ist, den Patientinnen und Patienten Arzneimittel abzugeben, die sie bei der Versandhausapotheke der Beschwerdeführerin 2 bezogen haben.

### **E. 5.1**

Zu prüfen bleibt die Frage, ob das Geschäftsmodell der Beschwerdeführenden auch dann zulässig ist, wenn die Versandapotheke der Beschwerdeführerin 2 Arzneimittel, die von nicht dispensationsberechtigten Arztpersonen bestellt wurden, direkt der Patientin bzw. dem Patienten schickt, statt sie dem Rezeptaussteller bzw. der Rezeptausstellerin zukommen zu lassen (vgl. 2. Spiegelstrich der Disp.-Ziff. I der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 28. Februar 2007). Da die Arzneimittel den Patienten diesfalls nicht durch den Arzt übergeben, sondern per Post zugestellt werden, liegt keine ärztliche "Abgabe" von Arzneimitteln im Sinn von Art. 4 Abs. 1 lit. f HMG vor (vgl. E. 4.3).

### **E. 5.2**

Die Mitbeteiligten machten im Rekursverfahren geltend, Ärztinnen und Ärzte dürften ihren Patientinnen und Patienten die Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2 nur dann vermitteln, wenn sie selber über eine Versandhandelsbewilligung verfügten. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Als "Versandhandel" im Sinn von Art. 27 HMG gilt der Handel mit Waren, die in Katalogen, Prospekten oder Anzeigen angeboten und an die Kundschaft versendet werden, wobei die bestellte Ware der Käuferin oder dem Käufer auf dem Versandweg zugestellt wird (Botschaft des Bundesrates zum Heilmittelgesetz vom 1. März 1999, BBl 1999 S. 3513; vgl. Heidi Bürgi, Basler HMG-Kommentar, Art. 27 N. 18). Die von Ärztinnen und Ärzten ausgeübte Vermittlungstätigkeit stellt demnach

keinen bewilligungspflichtigen Versandhandel dar.

#### **E. 5.3.1**

Die Beschwerdegegnerin kam in den Erwägungen 3b und 3c ihrer Feststellungsverfügung vom 28. Februar 2007 zum Schluss, dass ein Verstoss gegen das kantonalzürcherische Verordnungsrecht vorliege, wenn Arztpersonen ihren Patienten Arzneimittel aus der Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2 vermittelten. Das in § 18 Abs. 4 H MV verankerte Vermittlungsverbot sei bundesrechtskonform, denn aufgrund von Art. 30 HMG verbleibe die Regelung des Detailhandels mit wenigen Ausnahmen im Kompetenzbereich der Kantone.

#### **E. 5.3.2**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, die angerufene kantonale Verordnungsbestimmung beruhe nicht auf einer genügenden formell-gesetzlichen Grundlage. Im Übrigen könne die Rezeptübermittlung durch betroffene Ärztinnen und Ärzte ohnehin nicht als "systematische Vermittlung" von Arzneimitteln bezeichnet werden.

#### **E. 5.3.3**

Gemäss § 18 Abs. 4 H MV ist die Vermittlung von Arzneimitteln nur zulässig, wenn die Vermittelnden selbst befugt sind, die betreffenden Arzneimittel an die bestellenden Person abzugeben. Unter "Vermittlung" im Sinn von § 18 Abs. 4 H MV ist das entgeltliche oder unentgeltliche systematische Anbieten von Gelegenheiten zum Abschluss von Verträgen, die Heilmittelabgaben zum Gegenstand haben, zu verstehen (vgl. die regierungsrätliche Begründung zum Erlass der Heilmittelverordnung vom 21. Mai 2008, AB1 2008 S. 821 ff., 830).

#### **E. 5.3.4**

Das in § 18 Abs. 4 H MV statuierte Vermittlungsverbot stellt eine nicht unerhebliche Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit dar und bedarf somit einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn (vgl. Art. 27 in Verbindung mit Art. 36 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV]; Art. 38 Abs. 1 lit. b der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [KV]). Es erscheint fraglich, auf welche formellgesetzliche Grundlage sich § 18 Abs. 4 H MV zu stützen vermag: Die bundesrechtlichen Delegationsnormen (Art. 30 Abs. 2 HMG; Art. 37 Abs. 3 KVG) ermächtigen die Kantone zwar möglicherweise zum Erlass von Vermittlungsverboten auf Gesetzesstufe, nicht aber auf Verordnungsstufe. Ein kantonalzürcherisches Gesetz im formellen Sinn, auf das sich § 18 Abs. 4 H MV stützen könnte, ist nicht ersichtlich. Die Frage, ob § 18 Abs. 4 H MV gegen das Legalitätsprinzip verstösst, kann im vorliegenden Fall indessen offenbleiben, wie im Folgenden zu zeigen ist.

#### **E. 5.4.1**

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass eine Umgehung des Selbstdispensationsverbots bzw. ein Verstoss gegen § 17 aGesG vorliege, wenn Arztpersonen ihren Patienten die Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2 vermittelten und diese die Arzneimittel den Patienten direkt nach Hause sende. Das Konzept der Beschwerdeführerin 2 unterscheide sich von einem Arzt mit Privatapotheke nur dadurch, dass die Lagerhaltung in einem Fall in der Arztpraxis, im anderen Fall aber ausserhalb der Praxis erfolge.

#### **E. 5.4.2**

Eine Gesetzesumgehung liegt vor, wenn eine Bestimmung zwar ihrem Wortlaut nach, nicht aber nach ihrem Sinn und Zweck beachtet wird (VGr, 7. Juni 2007, VB.2007.00093, E. 4; VGr, 19. Oktober 2005, VB.2004.00252 [= BEZ 2006 Nr. 32], E. 4.1) und dies dazu führt, dass ein verpöntes Ziel erreicht wird (BGE 133 III 212 E. 4.1). Die Zulässigkeit einer Gesetzesumgehung hängt vom Inhalt und Ziel der Regelung ab, die umgangen werden soll: Wenn die umgangene Gesetzesbestimmung nach ihrem Sinn und Zweck auch auf das Umgehungsgeschäft anwendbar ist, dann untersteht ihr auch dieses. Falls die umgangene Bestimmung hingegen nach ihrem Sinn und Zweck auf das Umgehungsgeschäft nicht anwendbar ist, dann bleibt dieses ihr entzogen und wirksam (BGE 125 III 257 E. 3b).

#### **E. 5.4.3**

Bei § 17 aGesG handelte es sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung um eine Schutznorm zugunsten der Apotheken in den Städten Zürich und Winterthur (BGr, 23. September 2011, 2C\_53/2009, E. 1.3): Die in Zürich und Winterthur tätigen Ärzte werden von der Möglichkeit ausgeschlossen, eine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke zu erhalten, die zur Abgabe von Medikamenten berechtigt. Dies wird damit begründet, dass in den Städten Zürich und Winterthur ein dichtes und durch öffentliche Verkehrsmittel gut erschlossenes Apothekennetz besteht, durch das die Versorgungsmöglichkeit mit Medikamenten gewährleistet wird (BGE 131 I 205 E. 3.2). Das Selbstdispensationsverbot gemäss § 17 aGesG zielt somit darauf ab, dass die Konkurrenz zwischen Apothekern und Ärzten in den Städten Zürich und Winterthur im Interesse einer guten Medikamentenversorgung durch ein dichtes Netz öffentlicher Apotheken eingeschränkt wird.

#### **E. 5.4.4**

Das Departement Gesundheit und Soziales des Kantons Aargau kam in einer Verfügung vom 3. Juli 2007, die ebenfalls das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 2 betraf, zum Schluss, es liege eine Umgehung des Selbstdispensationsverbots vor, wenn ein Arzt einen finanziellen Vorteil daraus ziehe, dass die von ihm vermittelte Versandapotheke dem Patienten Arzneimittel zukommen lasse. Nicht dispensationsberechtigte Ärzte, die dieses Modell praktizierten, verstiesse zwar formal nicht gegen das Dispensationsverbot, da sie keine Arzneimittel abgaben. Im Ergebnis träten sie aber auf ähnliche Weise wie Ärzte, die zur Selbstdispensation berechtigt seien, in Konkurrenz zu den Apothekern. Sie hätten ein gesteigertes Interesse daran, dass die Patienten beim Arzneimittelbezug eine ihnen Vorteile gewährende Apotheke berücksichtigten. Dadurch würden die im Kanton Aargau domizilierten öffentlichen Apotheken konkurrenziert, weshalb die Vorteilsgewährung Sinn und Zweck des Dispensationsverbots (flächendeckende Versorgung mit Medikamenten durch öffentliche Apotheken) entgegenstehe. Aus Praktikabilitätsüberlegungen könne es dabei nicht auf die Höhe des gewährten Vorteils ankommen. Wesentlich sei einzig, dass ein – wenn auch gelockerter – Zusammenhang zum Medikamentenversand bestehe. Im Fall der betroffenen Versandapotheke sei eine Vorteilsgewährung des am Direktversand beteiligten Arztes zu bejahen.

#### **E. 5.4.5**

Das Berner Verwaltungsgericht kam in einem Urteil vom 11. September 1995 zum Schluss, das – mit dem vorliegenden Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 2 vergleichbare – sogenannte "Thuner Modell" stelle keine unerlaubte Umgehung von

Gesetzesbestimmungen dar (BVR 1996 S. 368 ff. E. 4d/cc). Das Gericht ging bei seiner Beurteilung allerdings davon aus, dass das Thuner Modell keine finanzielle Beteiligung der Ärzteschaft vorsehe bzw. dass den am Vertriebssystem beteiligten Ärztinnen und Ärzten keine finanziellen Vorteile erwachsen. Für den Fall, dass das Gegenteil zutreffen würde – beispielsweise indem die Arzneimittel abgebende Apotheke ihren Partnern Spezialrabatte oder andere Vorteile gewähren würde – hielt das Gericht fest, dass die Rechtmässigkeit des Vertriebssystems erneut zur Diskussion gestellt werden könnte (BVR 1996 S. 368 ff. E. 4d/bb).

#### **E. 5.4.6**

Im vorliegenden Fall räumen die Beschwerdeführenden selber ein, dass die am Geschäftsmodell beteiligten Ärztinnen und Ärzte eine Entschädigung für die Interaktionskontrolle von Fr. 1.- pro Rezeptzeile, von Fr. 40.- pro Neukundeneröffnung, von Fr. 12.- pro Dossiercheck sowie von Fr. 5.- pro Sendung für die Logistik erhalten. Demnach ist davon auszugehen, dass den Ärztinnen und Ärzten – gleich wie im "Aargauer Modell" (E. 5.4.4), aber anders als im "Thuner Modell" (vgl. E. 5.4.5) – finanzielle Vorteile erwachsen, wenn sie Rezepte für Arzneimittel an die Versandapotheke der Beschwerdeführerin 2 übermitteln. Da die Ärzte ein finanzielles Interesse an der Arzneimittelabgabe durch die Versandhandelsapotheke der Beschwerdeführerin 2 haben, treten sie im Ergebnis in Konkurrenz zu den öffentlichen Apotheken der Städte Zürich und Winterthur. Dies läuft dem Gesetzeszweck von § 17 aGesG zuwider (vgl. E. 5.4.3) und kommt einer unzulässigen Gesetzesumgehung gleich (vgl. E. 5.4.2). Die Beschwerdegegnerin ist somit zu Recht zum Schluss gekommen, dass es Ärztinnen und Ärzten, die über keine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke verfügen, nicht erlaubt ist, der Versandapotheke der Beschwerdeführerin 2 gegen Entschädigung Rezepte für Arzneimittel zu übermitteln, die die Versandapotheke den Patientinnen und Patienten per Post zukommen lässt.

#### **E. 6.1**

Demnach ist das Geschäftsmodell der Beschwerdeführenden in Bezug auf nicht dispensationsberechtigte Ärztinnen und Ärzte als unzulässig zu erachten – und zwar unabhängig davon, ob die Versandapotheke der Beschwerdeführerin 2 die bestellten Arzneimittel dem Arzt (vgl. E. 4.3) oder direkt den Patienten (vgl. E. 5.4.6) zukommen lässt. Der vorinstanzliche Beschluss ist im Ergebnis somit nicht zu beanstanden, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Was die von den Beschwerdeführenden gestellten Eventualanträge betrifft, ist erneut darauf hinzuweisen, dass kein Anspruch darauf besteht, dass eine Entscheidbehörde Feststellungen trifft, die sich nicht auf die gesamte Rechtslage, sondern nur auf einzelne ausgewählte Gesetze beziehen (vgl. E. 1.3.2).

#### **E. 6.2**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens den Beschwerdeführenden je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag, aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 und § 14 VRG).

#### **E. 6.3**

Den unterliegenden Beschwerdeführenden sowie der obsiegenden Beschwerdegegnerin, die keinen entsprechenden Antrag gestellt hat, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen sind die Beschwerdeführenden unter solidarischer Haftung füreinander zu verpflichten, den obsiegenden Mitbeteiligten eine angemessene

Parteientschädigung zu entrichten (§ 17 Abs. 2 in Verbindung mit § 14 VRG).

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