

3

Apotheker-Stellvertreterbewilligung.

- Das kantonale Recht darf die Bewilligung zur fachlich selbständigen Tätigkeit als Apotheker-Stellvertreter an den Besitz eines eidgenössischen Diploms oder eines anderen gleichwertigen Diploms knüpfen.

Autorizzazione per supplente farmacista.

- Il diritto cantonale può far dipendere l'autorizzazione a praticare l'attività indipendente qualificata di supplente farmacista dal possesso di un diploma federale o di un altro diploma equivalente.

Erwägungen:

3. a) Der Rekurrent erblickt in der Verweigerung der Erteilung einer Apotheker-Stellvertreterbewilligung u.a. eine Verletzung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Zu prüfen ist, ob die Verweigerung verfassungsrechtlich zulässig ist. Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) schützt – wie bereits die noch in Art. 31 aBV verankerte Handels- und Gewerbe-freiheit – jede gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit (in Handel, Gewerbe, Landwirtschaft, Industrie etc.), die der Erzielung eines Gewinns oder eines Erwerbseinkommens dient (BGE 124 I 310; 119 Ia 378 Erw. 4b). Sie gilt nach bestätigter Praxis auch für unselbständig Erwerbende (BGE 84 I 18), und somit auch für die gewerbsmässige Ausübung des Berufes eines Apotheker-Stellvertreters. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit müssen, entsprechend den allgemeinen verfassungsrechtlichen Regeln (vgl. Art. 36 BV), auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (BGE 125 I 322). Sie müssen zudem den unantastbaren Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV) der Wirtschaftsfreiheit wahren (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 667 f.; René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M., 1998, S. 127 f., je m. w. H.). Zu diesen vier allgemeinen Voraussetzungen kommt – im Regelfall – eine fünfte Voraussetzung hinzu: Staatliche

Massnahmen müssen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wahren (Art. 94 Abs. 1 BV), es sei denn, sie seien in der Bundesverfassung vorgesehen (sog. Verfassungsvorbehalt für abweichende Massnahmen; Art. 94 Abs. 4 BV; vgl. hierzu Giovanni Biaggini, § 49 Wirtschaftsfreiheit, N 17, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 786). Unzulässig bleiben – wie auch schon unter der alten Bundesverfassung – wirtschafts- oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbe- oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen.

b) Dass das kantonale Departement für die Erteilung gesundheitspolizeilicher Bewilligungen (so u.a. die angeforderte Stellvertreterbewilligung) zuständig ist, ergibt sich aus Art. 6 Abs. 3 lit. b GesG. Einer Bewilligung für die Berufsausübung im Kanton Graubünden bedürfen Medizinalpersonen. Als solche gelten Ärzte, Zahnärzte und Apotheker (Art. 29 Abs. 1 und 2 GesG). Das Departement kann Medizinalpersonen die Bewilligung erteilen, insbesondere zu Ausbildungszwecken einen Assistenten zu beschäftigen und bei Krankheit oder vorübergehender Abwesenheit einen Stellvertreter einzustellen. Die Bewilligungen können befristet werden (Art. 32 Abs. 1 GesG). Das Nähere, insbesondere die fachlichen Voraussetzungen für die Tätigkeit als Stellvertreter oder Assistent, wird von der Regierung durch Verordnung geregelt (Art. 32 Abs. 2 GesG). Dem letztgenannten Auftrag ist die Regierung mit der am 27. Oktober 1998 revidierten Verordnung über Stellvertreter und Assistenten von Medizinalpersonen nachgekommen. Nach Art. 2 dieser Verordnung werden als Stellvertreter oder als Assistenten zugelassen:

- a) Inhaber des eidgenössischen Diploms
- b) Inhaber eines gleichwertigen anderen Diploms.

Art. 29 GesG in Verbindung mit Art. 32 GesG und Art. 2 der erwähnten kantonalen Verordnung stellen eine hinreichende gesetzliche Grundlage dafür dar, dass grundsätzlich nur Personen, welche über ein eidgenössisches Diplom verfügen bzw. Inhaber eines anderen gleichwertigen Diploms sind, eine Bewilligung zur (fachlich) selbständigen Berufsausübung als Apotheker Stellvertreter erhalten. Indem dieser Vorbehalt auf alle als Apotheker-Stellvertreter tätigen Personen in Graubünden, unabhängig davon ob sie (wirtschaftlich) selbständig oder im Angestelltenverhältnis tätig sind und ohne Rücksicht auf Kantonszugehörigkeit und/oder Nationalität einheitlich zur Anwendung gebracht wird,

können diese Bestimmungen weder als diskriminierend noch als rechtsungleich noch als verfassungswidrig betrachtet werden. Die Regelung steht, wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat, im Einklang mit Art. 2a des Bundesgesetzes betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweiz, wonach lediglich Inhaber eines eidgenössischen Diploms zur (fachlich und wirtschaftlich) selbständigen Tätigkeit als Apotheker zugelassen sind.

c) Das öffentliche Interesse, auch die Tätigkeit eines Apotheker-Stellvertreters an den Diplomabschluss als Apotheker zu knüpfen, entspricht zweifellos dem gesundheitspolitischen Interesse, die Bevölkerung vor unzureichend qualifizierten Medizinalpersonen zu schützen, ansonsten – wie vorliegend – eine sogenannte Verwalterapotheke von einer nicht über das erforderliche Diplom verfügenden Person geführt werden könnte, was der kantonale Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 2 der Verordnung gerade verhindern wollte.

d) Die getroffene Regelung erweist sich auch als verhältnismässig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes können die Kantone die Ausübung gewisser Tätigkeiten vom Besitze eines Fähigkeitsausweises abhängig machen, dies jedoch nur, wenn die fragliche Tätigkeit Gefahren für das Publikum mit sich bringt, die nur durch beruflich besonders befähigte Personen in erheblichem Masse vermindert werden können (BGE 112 Ia 322 Erw. 4b). Diese Überlegungen gelten auch für den Bereich des Gesundheitswesens. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass im Gesundheitswesen nur fähige Personen tätig sind. Dieses darf jedoch nicht dazu missbraucht werden, aus standespolitischen Überlegungen den Zugang zu den Berufen des Gesundheitswesens stärker einzuschränken, als dies zur Wahrung der berechtigten gesundheitspolizeilichen Interessen gerechtfertigt ist. Ohne weiteres zulässig ist es, die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege bewilligungspflichtig zu erklären und die Erteilung der Bewilligung an den Nachweis fachlicher Fähigkeiten zu knüpfen. Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip folgt jedoch, dass nicht Anforderungen gestellt werden dürfen, die sachlich zum Schutz von Polizeigütern nicht gerechtfertigt sind.

Vorliegend darf der Inhaber einer Assistentenbescheinigung als Assistent (damit aber unter fachlicher Aufsicht) in einer Apotheke tätig sein. Verwehrt ist ihm hingegen – aus gesundheitspolizeilichen Gründen – die Tätigkeit eines fachlich selbständigen Apotheker-Stellvertreters. Diese vom kantonalen Recht vorgegebene Einschränkung ist zweifellos geeignet und erforderlich,

das angestrebte Ziel zu erreichen, zumal die (wirtschaftlich und fachlich) selbständige Führung einer Apotheke auch von Bundesrechts wegen dem Inhaber eines entsprechenden eidgenössischen Diploms vorbehalten ist. Dass eine Assistentenbescheinigung mitnichten ein solches Diplom darstellt, weil es dem Inhaber lediglich attestiert, auf dem Weg zum eidgenössischen Diplomabschluss als Apotheker einen Zwischenabschluss erfolgreich absolviert zu haben, ist offenkundig. Nicht entscheidend ist, dass der vorgesehene Stellvertreter bereits über eine reiche Praxiserfahrung als Apothekerassistent verfügt. Diese vermag den verlangten Diplomabschluss nicht aufzuwiegen.

4. a) Auch der Einwand, dass der vorgesehene Stellvertreter in anderen Kantonen eine entsprechende Bewilligung erhalten habe, ist nicht entscheidend. Die Kantone können in ihrem Zuständigkeitsbereich innerhalb der verfassungsrechtlichen Schranken durchaus unterschiedliche Regelungen erlassen (BGE 125 I 278 Erw. 3d; 122 I 44 Erw. 3b/cc). Eine gesetzliche Vorschrift – namentlich diejenige, welche die Erteilung einer Bewilligung als Apotheker-Stellvertreter an den erfolgreichen eidgenössischen Diplomabschluss und damit an dieselbe Voraussetzung wie für die (fachlich und wirtschaftlich) selbständige Berufsausübung knüpft – kann nicht allein schon deshalb verfassungswidrig sein, weil andere Kantone eine andere Lösung für dieselbe Frage getroffen haben.

b) Ebenso wenig kann der Rekurrent etwas zu Gunsten seiner Begehren aus dem Umstand ableiten, dass seinem Mitarbeiter noch 1992 eine kantonale Stellvertreter-Bewilligung erteilt worden ist, nachdem zwischenzeitlich sowohl das übergeordnete Recht (Bilaterale Verträge, Bundesgesetz über die Freizügigkeit des Medizinalpersonals) als auch die damals geltende kantonale Regelung (letzte per 1. Dezember 1998) geändert worden sind. Auch soweit er in diesem Zusammenhang das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) anruft, kann ihm nicht geholfen werden. Abgesehen davon, dass im konkreten Fall nicht die Anerkennung eines eidgenössischen (Apotheker-)Diploms zur Diskussion steht, hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zutreffend festgehalten, dass das Bundesgesetz betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft dem BGBM vorgeht und dass daher dem vorgesehenen Stellvertreter, weil er nicht über ein eidgenössisches Apothekerdiplom verfügt, die angebehrte Stellvertreterbewilligung, welche die fachlich selbständige Berufsausübung ermöglichen würde, ver-

weigert werden müsse. Selbst wenn das BGBM aber anwendbar wäre, könnte der Rekurrent daraus keinen Anspruch auf Erteilung der angebehrten Bewilligung ableiten. Gestützt auf Art. 3 Abs. 1 BGBM haben die Kantone nämlich die Möglichkeit, den freien Zugang zum Markt einzuschränken. Dabei haben die entsprechenden Bestimmungen gleichermassen auch für ortsansässige Anbieter zu gelten und sie müssen zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sowie verhältnismässig sein. Vorliegend ist offenkundig, dass Art. 2 der kantonalen Verordnung auch für ortsansässige Personen gilt. Ihr liegen überwiegende öffentliche Interessen (Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen; Gewährleistung eines hinreichenden Ausbildungsstandes für eine bewilligungspflichtige Berufstätigkeit) zugrunde. Die Einschränkung ist – wie oben ausgeführt – letztlich auch ohne weiteres als verhältnismässig zu betrachten.

c) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz dem vom Rekurrenten vorgeschlagenen Stellvertreter die Bewilligung als Apothekerstellvertreter zu Recht verweigert hat. Der Rekurs erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

U 02 97

Urteil vom 14. Januar 2003