

## Monsieur Pilule geht nach Kreuzberg (Lösungsvorschlag)

© [Heike Krieger \(Freie Universität Berlin\)](#) und [Markus Heintzen \(Freie Universität Berlin\)](#)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger  
Stand der Bearbeitung: Juli 2015

Die Klage *Pilules* wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A) Zulässigkeit

Die Klage *Pilules* ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO vorliegen.

#### I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorliegt. Dies ist der Fall, wenn die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Hier sind die öffentlich-rechtlichen Normen des Apothekengesetzes Bln für die Streitentscheidung maßgeblich, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt und der Verwaltungsrechtsweg somit eröffnet ist.

*Anmerkung I:* Dass hier zudem noch die Regelungen des Europarechts eine Rolle spielen, ist nur von sekundärer Bedeutung und findet hier keine Berücksichtigung. Allerdings sind die Grundfreiheiten auch solche des öffentlichen Rechts.

*Anmerkung II:* Eine Zuständigkeit deutscher Gerichte ist hier nicht zu prüfen, da eine deutsche Behörde gehandelt hat, auch wenn sie europäisches Recht zu beachten oder umzusetzen hat.

#### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich nach verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). *Pilule* beantragt hier, das Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg zu verpflichten, ihm entsprechend seinem Antrag eine Genehmigung zum Betrieb einer Apotheke zu erteilen. Diesem Begehren wird die Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO gerecht, da es sich bei der begehrten Genehmigung nach § 9 ApothG Bln um einen Verwaltungsakt i.S.d. Legaldefinition des § 35 VwVfG handelt. Die Verpflichtungsklage ist somit die statthafte Klageart.

#### III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

*Pilule* müsste geltend machen können, durch die Ablehnung der Genehmigung in seinen Rechten verletzt zu sein. Dies ist der Fall, wenn er einen Anspruch auf

Erteilung einer Genehmigung haben könnte. Ein solcher Anspruch ergibt sich unmittelbar aus § 9 ApothG Bln.

#### IV. Vorverfahren (§ 68 VwGO)

Das Vorverfahren nach § 68 Abs. 2 VwGO wurde laut Sachverhalt form- und fristgerecht durchgeführt.

#### V. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Die Klage ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen das Land Berlin als den Behördenträger zu richten.

#### VI. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

Der Kläger ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO.

#### VII. Klagefrist

Die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO beträgt einen Monat nach Zustellung des Widerspruchsbescheides. Fraglich ist, ob Pilule diese Frist eingehalten hat. Die Fristberechnung erfolgt nach § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 187 ff. BGB.<sup>1</sup>

Der Fristbeginn richtet sich nach dem VwZG des Bundes, das nach § 5 VwVfg Bln Anwendung findet. Hier ist zwischen den Zustellungsarten der §§ 3 bis 5 VwZG zu unterscheiden. Laut Sachverhalt erfolgte die Zustellung mittels Einschreiben durch Übergabe. Dies regelt § 4 VwZG. Danach ist nicht etwa auf den Tag der tatsächlichen Zustellung abzustellen, das war der 17. Mai, vielmehr gilt die Drei-Tages-Fiktion des § 4 Abs. 2 S. 2 VwZG. Die Zustellung fand somit am 19. Mai 2011 statt. Nach § 187 Abs. 1 BGB wird dieser Tag nicht mitgerechnet, so dass Fristbeginn Samstag, der 20. Mai ist. Die Frist endet gem. § 188 Abs. 2 BGB mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher durch seine Zahl dem Tage entspricht, in den das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt, hier also der 19. Juni 2011.

*Anmerkung:* Lassen Sie sich von der Sprache der §§ 187 ff. BGB nicht verwirren. Fristbeginn ist der Tag nach dem Ereignis (=Zustellung), Fristende wiederum der Tag des Ereignisses im nächsten Monat  
Damit wäre die Klage verfristet. Jedoch ist laut Sachverhalt der 20. Juni 2011 ein Montag, so dass der 19. Juni 2011 ein Sonntag sein muss. Nach § 193 BGB verlängert sich die Frist, wenn das Fristende (der Fristbeginn ist hierfür egal!) auf einen Sonnabend oder Sonntag fällt auf den nächsten Werktag, hier also auf Montag, den 20. Juni.

<sup>1</sup> Dies ist unstrittig. Die Fristberechnung nach § 70 VwGO hingegen ist umstritten, da hier die §§ 187 ff. BGB sowohl über § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO oder aber über §§ 79, 31 VwVfG einschlägig sein könnten, vgl. dazu die Nachweise in Kopp/Schenke, VwGO, § 70 Rn. 8.

Damit ist die Klage fristgerecht eingereicht.

## VIII. Ergebnis zu A

Da auch alle Förmlichkeiten eingehalten wurden, ist die Klage insgesamt zulässig.

## B) Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit die Ablehnung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 5 VwGO). Voraussetzung dafür ist, dass *Pilule* einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Genehmigung nach § 9 ApothG Bln besitzt.

### I. Formelle Voraussetzungen

Formelle Voraussetzung eines Anspruchs auf Erteilung einer Genehmigung ist immer die Antragstellung bei der zuständigen Behörde. Dies ist hier spezialgesetzlich in § 9 ApothG Bln geregelt. Das ist hier durch Antragstellung beim Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg geschehen. Weitere Voraussetzungen sind nicht ersichtlich.  
*Anmerkung:* Formelle Mängel des Ausgangsbescheides wie des Widerspruchsbescheides müssen im Rahmen der Prüfung der Begründetheit einer Verpflichtungsklage nie geprüft werden, da selbst bei Vorlegen formeller Fehler die Verpflichtungsklage keinen Erfolg haben kann.

### II. Materielle Voraussetzungen

Die Versagung der Genehmigung muss mit dem Gesetz übereinstimmen. Hierfür ist sowohl rein nationales Recht wie auch EU-Recht zu beachten.

#### 1. Anforderungen nach dem ApothG Bln

Anspruchsgrundlage ist § 9 ApothG Bln. Grundsätzlich ist die Behörde nämlich verpflichtet, eine Genehmigung zu erteilen, sofern die Voraussetzungen des Gesetzes erfüllt sind.

Hier ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass die Voraussetzungen gerade nicht erfüllt sind. Zwar geht es um die Genehmigung einer Apotheke, jedoch sind die Voraussetzungen des § 10 ApothG Bln in Kreuzberg laut Sachverhalt nicht erfüllt, ebenso erfüllt *Pilule* nicht die Anforderungen des § 11 ApothG Bln.

#### 2. Modifikation durch das Europarecht?

Fraglich ist, ob sich aus dem Unionsrecht, etwa den Grundfreiheiten, etwas anderes ergibt und ob dieses entgegen dem Vorbringen des Landes Berlin von den nationalen Gerichten zu berücksichtigen ist.

Der ablehnende Bescheid könnte rechtswidrig sein, wenn das zugrundeliegende Recht gegen höherrangiges Recht verstößt. Ein Verstoß gegen Verfassungsrecht kommt laut Sachverhalt nicht in Betracht, allerdings könnten diese Normen gegen Unionsrecht verstoßen. Dieses muss aber entgegen der Ansicht des Landes Berlin Anwendung finden und von nationalen Gerichten zu berücksichtigen sein.

## a. Anwendbarkeit des Unionsrechts

Ein Verstoß gegen Europarecht ist dann zu berücksichtigen, wenn die nationalen Gerichte die Grundfreiheiten zu beachten haben. Voraussetzung dafür ist, dass das Unionsrecht in einem ersten Schritt unmittelbare Geltung findet und somit vom nationalen Gericht zu beachten ist und in einem weiteren Schritt Vorrang vor dem nationalen Recht genießt.

Der Europäische Gerichtshof hat schon 1963 – gegen den erheblichen Widerstand mehrerer Mitgliedstaaten – in der Rs. Van Gend en Loos entschieden, dass gewisse Normen des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten.<sup>2</sup> Das setzt voraus, dass die Norm keiner Umsetzungsnorm bedarf. Dazu gehören die Grundfreiheiten. Ein Jahr später hat der Gerichtshof dann deutlich gemacht, dass alle europarechtliche Regelungen Vorrang vor nationalen Regelungen haben müssen, da sonst die praktische Wirksamkeit („effet utile“) des EG-Vertrages unterlaufen werden könnte.<sup>3</sup> Nationale Regelungen sind deshalb unionsrechtskonform auszulegen.<sup>4</sup> Ist dies nicht möglich, dann wird das nationale Recht nicht etwa unwirksam, sondern findet im konkreten Fall keine Anwendung.<sup>5</sup> Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesverfassungsgericht anerkannt.<sup>6</sup> Damit gilt das Unionsrecht unmittelbar in jedem Mitgliedstaat und geht nationalen Regeln im Kollisionsfall vor.

*Anmerkung:* Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts, die ebenfalls vom EuGH in der Rs. Van Gend en Loos bejaht wurde, ist hier nicht von Belang.<sup>7</sup> Dabei geht es um die Frage, ob sich aus dem Unionsrecht subjektive Rechte des Einzelnen herleiten lassen. Hier beruft sich *Pilule* ja gerade nicht auf die Grundfreiheiten, sondern auf § 9 ApothG Bln. Dieser enthält das subjektive Recht. Es geht *Pilule* nur darum, dass die diesem Anspruch entgegenstehenden Normen §§ 10-11 ApothG keine Anwendung auf seinen Fall finden. Die Unterscheidung ist im Ergebnis allerdings nicht von Belang, da alle unmittelbar anwendbaren Normen auch unmittelbare Geltung finden.

## b. Schutzbereich

Durch die Versagung der Genehmigung kommt ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, Art. 49 ff. AEUV, in Betracht. Da laut Sachverhalt kein sekundäres Gemeinschaftsrecht vorliegt, lässt sich auch direkt auf den AEUV abstellen.

<sup>2</sup> EuGH, Rs. Van Gend en Loos (26/62), Urteil v. 5. Februar 1963, Slg. 1963.

<sup>3</sup> EuGH, Rs. Costa ./ E.N.E.L. (6/64), Urteil v. 15. Juli 1964, Slg. 1964.

<sup>4</sup> EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, S. 1891, Rn. 26 – von Colson und Kamann; EuGH, Rs. C-106/89, Slg. 1990, S.I-4135, Rn.8, 13- Marleasing.

<sup>5</sup> EuGH, verb. Rs. C-10/97 bis C-22/97, Slg. 1998, S. I-6307, Rn. 18 ff. – IN.CO.GE.'90 U.A..

<sup>6</sup> BVerfGE 77, 339, 375 - Solange II,

<sup>7</sup> Im Gegensatz zur unmittelbaren Geltung muss die Norm hier nicht nur keines Umsetzungsaktes bedürfen, sondern insgesamt hinreichend klar und bestimmt formuliert sowie ohne jede weitere Konkretisierung anwendbar sein sowie dem Einzelnen ein Recht zubilligen wollen.

**aa. Grenzüberschreitender Bezug**

Zunächst muss ein grenzüberschreitender Bezug vorliegen, da nur dann der Anwendungsbereich des Europarechts eröffnet ist. Hier will ein Franzose in Deutschland eine Apotheke eröffnen, ein grenzüberschreitender Bezug liegt vor.

**bb. Sachlicher Anwendungsbereich**

Der sachliche Anwendungsbereich des Art. 49 AEUV schützt die Niederlassungsfreiheit. Nach Art. 49 Abs. 2 AEUV umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten. Es geht also um die tatsächliche und selbstständige Ausübung einer wirtschaftlichen, d.h. auf Erwerb ausgerichteten, Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung, etwa Geschäftsräumen, in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit.<sup>8</sup> Neben gewerblichen Tätigkeiten werden auch die freien Berufe – wie Apotheker – erfasst.

Hier will *Pilule* eine Apotheke eröffnen. Dies will er selbstständig – und nicht etwa als Arbeitnehmer – tun, diese Tätigkeit dient seinem Lebensunterhalt und wird mittels einer festen Einrichtung, der Apotheke, betrieben. Da er sich hier auch dauerhaft niederlassen will, ist der sachliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet.

**cc. Persönlicher Anwendungsbereich**

Nur Personen, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind, können sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Dabei ist es auch unschädlich, wenn die Person zusätzlich noch die Staatsangehörigkeit eines dritten Staates innehat, der kein Mitgliedstaat ist.<sup>9</sup> Dies ist hier der Fall.

**dd. Bereichsausnahme**

Die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV für Tätigkeiten, die eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen, ist grundsätzlich eng auszulegen und betrifft nur bestimmte Tätigkeiten und nicht notwendigerweise komplette Berufe.<sup>10</sup> Sie kommt hier nicht in Betracht.

Damit ist die Gründung einer Apotheke durch *Pilule* in Kreuzberg durch die Niederlassungsfreiheit geschützt.

**c. Eingriff**

Des Weiteren müsste ein Eingriff vorliegen. Ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit liegt immer dann vor, wenn eine national-rechtliche Maßnahme einen Marktteilnehmer unmittelbar (direkt) oder mittelbar (versteckt) diskriminiert. Desweiteren liegt ein Eingriff vor, wenn eine nationale Regelung zwar nicht diskriminierend wirkt, aber den Marktteilnehmer in seiner Marktbeteiligung

<sup>8</sup> EuGH, Factortame, Rn. 20

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-369/90, Slg. 1992, S.I-4239, Rn. 10 ff. – Micheletti u.a.

<sup>10</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 9. Auflage, 2014, Rn. 920; EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, S. 631, Rn. 44 ff. – Reyners; EuGH, Rs. C-42/92, Slg. 1993, S.I-4047, Rn. 8 . Thijssen.

beschränkt. Ein Eingriff könnte hier sowohl in dem Verwaltungsakt wie in dem Gesetz liegen. Da schon festgestellt wurde, dass der Verwaltungsakt in Übereinstimmung mit dem Gesetz ergangen ist, wird im Folgenden lediglich das Gesetz überprüft.

#### aa. Diskriminierungsverbot

Eine Diskriminierung liegt immer vor, wenn ein Inländer gegenüber einem Ausländer besser gestellt wird. Dies ist immer dann der Fall wenn „unterschiedliche Vorschriften auf gleichartige Situationen angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird.“<sup>11</sup> Unmittelbar ist eine solche Diskriminierung, wenn unmittelbar an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird. Mittelbar ist sie dann, wenn sie an Umstände anknüpft, die typischerweise nur von einem Inländer (oder einem Ausländer) erfüllt werden.

Weder § 9 ApothG Bln, § 10 ApothG Bln noch § 11 ApothG Bln knüpft ausdrücklich an die Staatsangehörigkeit an, so dass eine offene Diskriminierung ausscheidet.

Allerdings knüpft § 11 ApothG Bln an die Berufserfahrung an, die im Inland gemacht wurde (Abs. 2) sowie an den Wohnsitz in Berlin (Abs. 3). Beide Kriterien, die Berufsausübung in Deutschland wie auch der Wohnsitz in Berlin, werden typischerweise von Deutschen, aber nicht von Ausländern erfüllt. Da damit dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen Anwendung findet – die Situation einer Person, die Berufserfahrungen im Inland und im Gegensatz dazu im Ausland gesammelt hat bzw. die Situation einer Person, die in Berlin und Brandenburg wohnt und im Gegensatz dazu außerhalb der Landesgrenzen wohnt – handelt es sich bei diesen Vorschriften um eine mittelbare Diskriminierung.<sup>12</sup> Dabei ist es auch unschädlich, dass das Wohnsitzerfordernis sich nur auf einen abgrenzbaren Teilbereich des Inlandes bezieht, da auch hier typischerweise Inländer, wenngleich nicht alle Inländer, dieses Merkmal besitzen.

Die Vorschriften des § 9 ApothG Bln, des § 10 ApothG Bln sowie die Voraussetzung eines abgeschlossenen Pharmaziestudiums sind aber unterschiedslos auf alle Bewerber anzuwenden und verstoßen damit nicht gegen das Diskriminierungsverbot.

#### bb. Beschränkungsverbot

Es könnte zudem ein Verstoß gegen das Beschränkungsverbot vorliegen.

Der EuGH hat die Niederlassungsfreiheit ebenso wie die anderen Grundfreiheiten zu einem Beschränkungsverbot ausgeweitet. Nach der sog. Gebhard-Formel liegt immer dann eine Beschränkung vor, wenn die Wahrnehmung der Freiheit „behindert oder weniger attraktiv“ gemacht wird.<sup>13</sup> Dies ist im Vergleich zu dem Erfordernis der Diskriminierung ein sehr viel weitergehender Begriff, der weitaus mehr nationale Regelungen dem Eingriffs-Begriff unterwirft.

*Anmerkung:* Der EuGH hat ein Beschränkungsverbot erstmals im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelt. In der Entscheidung Dassonville stellte er fest, dass Maßnahmen gleicher Wirkung nach Art. 34 AEUV nicht nur diskriminierende

<sup>11</sup> EuGH, Rs. C-80/94, Slg. 1995, S. I-2493, Rn. 17 – Wielockx.

<sup>12</sup> Für den Wohnsitz vergleiche EuGH, Rs. C-203/98, Slg. 1999, S. I-4899, Rn. 13,

15 – Kommission/Belgien.

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, S. I-4165, Rn. 35 ff. – Gebhard.

Maßnahmen seien, sondern vielmehr „alle staatlichen Maßnahmen, die geeignet sind, unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern.“<sup>14</sup>

§ 9 ApothG Bln, der eine Genehmigungspflicht vorsieht, stellt eine Beschränkung dar. Dies liegt daran, dass zusätzliche Verwaltungskosten (i.H.v. 500 €) und finanzielle Belastungen, die die Erteilung einer solchen Erlaubnis mit sich bringt (der Zeitaufwand, möglicherweise Einschaltung eines Rechtsanwalts, etc.), vom Wirtschaftsteilnehmer zu tragen sind. Außerdem sind durch eine vor Aufnahme der Tätigkeit erforderliche Genehmigung die Wirtschaftsteilnehmer von der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit ausgeschlossen, die die Anforderungen nicht erfüllen, von deren Einhaltung die Erteilung dieser Erlaubnis abhängt.<sup>15</sup>

Die Vorschriften des § 10 ApothG Bln verhindern die Neuansiedlung von Apotheken durch rechtliche Hürden, die sogar – da sie objektiver Natur sind – vom Einzelnen nicht beeinflussbar sind. Dies behindert die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit, wie auch im konkreten Fall deutlich wird.

Das Gleiche gilt für das Erfordernis des § 11 Abs. 1 ApothG Bln ein Examen absolviert zu haben, da so alle Nicht-Pharmazeuten daran gehindert sind, eine Apotheke zu eröffnen.

Fraglich ist, ob nach den Grundsätzen der Keck-Rechtsprechung eine Beschränkung nicht ausscheidet. Die Keck-Formel hat der EuGH im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelt, da die Dassonville-Formel so weit gefasst ist, dass quasi alle nationalen Regeln, die sich in irgendeiner Weise auf den Verkauf von Waren auswirken können, von ihr umfasst sind, etwa der Verkauf von Waren am Sonntag. Da diese den Marktzugang nicht beeinträchtigen, sondern sich erst dann auswirken, wenn das Produkt sich schon auf dem nationalen Markt befindet, sieht der EuGH in solchen „verkaufsbezogenen Modalitäten“ keine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit. Zwar hat der EuGH die Grundsätze der Keck-Rechtsprechung bislang nicht ausdrücklich auf die Niederlassungsfreiheit angewendet, aufgrund der Weite der Gebhard-Formel wird dies aber in der Literatur weitestgehend bejaht.<sup>16</sup> Dieser Streit ist aber dann nicht zu entscheiden, wenn sich auch bei Anwendung der Keck-Formel die genannten Normen als Eingriffe darstellen.

Eine Beschränkung – und damit der Eingriff schlechthin – scheidet danach im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit immer dann aus, wenn eine Maßnahme

- 1.) Verkaufs- oder Absatzmodalitäten (im Vergleich zu produktbezogenen Modalitäten, da diese den Marktzugang und nicht das Verhalten auf dem Markt regulieren) betrifft,
- 2.) alle Wirtschaftsteilnehmer gleich trifft und
- 3.) den Absatz inländischer wie ausländischer Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich gleich berührt.

Übertragen auf die Niederlassungsfreiheit bedeutet dies, dass die Regelungen erst nach dem Zugang zum Markt ansetzen dürfen, der Marktzugang also nicht behindert werden darf, und alle Wirtschaftsteilnehmer rechtlich und tatsächlich gleich betroffen sind.

<sup>14</sup> EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, S. 837, Rn. 5 – Dassonville.

<sup>15</sup> EuGH, Urteil vom 1. 6. 2010 - C-570/ 07, Rn. 56.

<sup>16</sup> Vgl. nur Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 9. Auflage, 2014, Rn. 940.

§ 9 ApothG Bln trifft alle Wirtschaftsteilnehmer rechtlich und tatsächlich gleich. Er schränkt aber den Zugang zu dem Markt ein, da nur bestimmte Personen überhaupt auf den Markt gelangen können, nämlich all die, die eine Genehmigung besitzen. Die Norm wirkt also entgegen der Ansicht des Landes Berlin auch nach den Grundsätzen der Keck-Rechtsprechung beschränkend.

Die Regelungen des § 10 ApothG Bln treffen zwar ebenso alle Wirtschaftsteilnehmer gleich, schränken aber den Zugang zu dem Markt ein. Dies ist sogar Zweck der Regelung, denn durch sie soll ja gerade die Zahl der Apotheker in bestimmten Gegenden eingeschränkt werden, um andere Gegenden so attraktiver zu machen. Damit ist diese Norm nicht von Keck erfasst und stellt weiterhin eine Beschränkung dar.

Das Gleiche gilt für die Regelung des § 11 Abs. 1 ApothG Bln, d.h. die Voraussetzung eines abgeschlossenen Pharmaziestudiums, die zwar ebenfalls unterschiedslos gilt und wirkt, aber ebenso den Marktzugang behindert.

Ob die Keck-Formel auf die Niederlassungsfreiheit Anwendung findet, kann hier also offen bleiben, da auch bei ihrer modifizierten Anwendung weiterhin von einer Beschränkung auszugehen ist.

*Anmerkung:* Der EuGH hat in der zugrundeliegenden Entscheidung (EuGH, Urteil vom 1. 6. 2010 - C-570/ 07) auf eine entsprechende Prüfung verzichtet und hat im Anschluss an die Prüfung der Gebhard-Formel sogleich die Rechtfertigung geprüft. In einer Prüfung sollten Sie aber die Frage der Keck-Formel unbedingt aufwerfen. Sie können sich aber kürzer fassen, indem Sie deutlich machen, dass alle in Rede stehenden Regelungen den Marktzugang betreffen.

#### d. Rechtfertigung

Sowohl die versteckte Diskriminierung als auch die Beschränkung könnten aber gerechtfertigt sein, sofern sie einen legitimen Zweck verfolgen und verhältnismäßig sind.

##### aa. Legitimer Zweck

Neben den **geschriebenen Rechtfertigungsgründen des Art. 52 AEUV** könnten grundsätzlich die **ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe** der zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls (sog. Cassis-Formel i.R.d. Warenverkehrsfreiheit, Gebhard-Formel bei den anderen Grundfreiheiten) einen Eingriff rechtfertigen.

Nach Art. 52 AEUV kann eine Maßnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden. Zum Schutz der Gesundheit gehört auch das Ziel, eine „sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen.“<sup>17</sup>

*Anmerkung:* Der EuGH unterscheidet oft nicht genau zwischen ungeschriebenen und geschriebenen Rechtfertigungsgründen. Selbst wenn geschriebene Rechtfertigungsgründe bestehen, die an sich einschlägig wären, beruft sich der

---

17 Vgl. EuGH, Urteil vom 1. 6. 2010 - C-570/ 07, Rn. 66.

EuGH gerne auf ungeschriebene Rechtfertigungsgründe. So ist er in der Entscheidung Apothekenkammer des Saarlandes<sup>18</sup> überhaupt nicht auf den Gesundheitsschutz nach Art. 52 AEUV eingegangen, sondern prüft die Sicherstellung einer sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung als ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund, was auch hier dementsprechend völlig vertretbar wäre. In der hier zugrundeliegenden Entscheidung wird nicht deutlich, ob er dies als Teil von Art. 52 AEUV oder als ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund ansieht. Dies ist solange unproblematisch, als es um die Rechtfertigungsprüfung von Beschränkungen geht. Strittig ist hingegen, ob versteckte oder sogar offene Diskriminierungen an den zwingenden Bedürfnissen des Allgemeininteresses, die im AEUV nicht vorhanden und lediglich durch den Richter entwickelt wurden, gerechtfertigt werden können. Dies betrifft im vorliegenden Fall § 11 Abs. 2 und Abs. 3 ApothG Bln. Allerdings ist auch dieses Problem nur zu entscheiden, wenn eine Prüfung der § 11 Abs. 2 und Abs. 3 ApothG Bln ergibt, dass eine Rechtfertigung möglich ist.

Nach § 1 ApothG Bln ist Ziel des Gesetzes die Sicherung einer sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung. Ein legitimer Zweck liegt damit vor.

## bb. Geeignetheit

Die Regelungen des ApothG Bln müssen geeignet sein, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen. Geeignet sind sie immer dann, wenn sie in der Lage sind, das Ziel zu fördern.

Die Regelung des § 9 ApothG Bln dient dazu, die Voraussetzungen der §§ 10 und 11 ApothG Bln durch eine präventive Kontrolle sicherzustellen. Grundsätzlich gilt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass Einrichtungen und Infrastruktur des Gesundheitswesens Gegenstand von Planung sein können. Diese kann eine vorherige Erlaubnis umfassen, „wenn diese Erlaubnis sich als unerlässlich erweist, um eventuelle Lücken im Zugang zu Leistungen des Gesundheitswesens zu schließen und um die Einrichtung von Strukturen einer Doppelversorgung zu vermeiden, so dass eine Gesundheitsversorgung gewährleistet ist, die den Bedürfnissen der Bevölkerung angepasst ist, das gesamte Hoheitsgebiet abdeckt und geografisch isolierte oder in sonstiger Weise benachteiligte Regionen berücksichtigt.“<sup>19</sup>

Dies kann gerade deshalb nötig werden, weil es Ballungsgebiete gibt, die von Apothekern als besonders „ertragreich und somit attraktiver angesehen werden könnten. Demgegenüber könnten andere Teile des nationalen Hoheitsgebiets, etwa ländliche, geografisch isolierte oder in sonstiger Weise benachteiligte Gebiete, als weniger attraktiv erachtet werden.“<sup>20</sup> Der EuGH geht davon aus, dass sich unter diesen Umständen nicht ausschließen lasse, „dass sich ohne jede Regulierung Apotheker in als attraktiv beurteilten Ortschaften konzentrieren, so dass bestimmte andere, weniger attraktive Ortschaften unter einer unzureichenden Zahl von

18 EuGH, DocMorris II, Entscheidung vom 19.5.2009, C-171/07

19 EuGH, Urteil vom 1. 6. 2010 - C-570/ 07, Rn. 72.

20 EuGH, Urteil vom 1. 6. 2010 - C-570/ 07, Rn. 72.

Apothekern, die einen sicheren und qualitativ hochwertigen pharmazeutischen Dienst gewährleisten könnten, leiden würden.“<sup>21</sup>

Die Regelungen des § 10 Abs. 1 ApothG Bln, wonach in jedem Apothekenbezirk grundsätzlich nur eine einzige Apotheke pro Einheit von 2 800 Einwohnern errichtet werden kann, dient dem Ziel, einen Apothekenmangel in unattraktiven, etwa Gebieten, in denen zahlungsschwache Menschen leben, die sich zahlreiche teure, nicht von der Krankenversicherung übernommene Medikamente nicht leisten können, zu verhindern. Damit soll das Ziel verfolgt werden, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen. Dies geschieht, indem die vorhandenen Apotheker in Berlin aufgrund des Verbots der Neuerrichtung von Apotheken bei Vorliegen der in § 10 ApothG Bln genannten objektiven Kriterien eine Apotheke nur an einem Ort eröffnen dürfen, welcher noch Bedarf an einer Apotheke hat. Da ein Apotheker so gezwungen sein kann, sich seinen Wunsch nach einer eigenen Apotheke statt in einer zahlungskräftigen Gegend wie Charlottenburg in einer finanziell benachteiligten Gegend wie Marzahn zu erfüllen, ist sie geeignet, das Ziel zu erreichen.

Demselben Zweck dient § 10 Abs. 2 ApothG Bln, nachdem eine zusätzliche Apotheke nur errichtet werden darf, wenn diese Schwelle um mehr als 2 000 Einwohner überschritten wird. Damit ist auch sie geeignet, das Ziel zu erreichen.

Die Regelung des § 10 Abs. 3 ApothG Bln, nach der jede Apotheke eine Mindestentfernung von 100 Meter gegenüber bereits bestehenden Apotheken beachten muss, dient als Ergänzung zu den in § 10 Abs. 1 und 2 ApothG Bln genannten Voraussetzungen, um etwa zu verhindern, dass die Apotheken sich an einem Ort konzentrieren und damit die Wege für den Einzelnen zu lang werden und damit auch die Versorgung nicht mehr gewährleistet wird. Sie ist geeignet, das Ziel zu erreichen.

Die Regelung des § 11 Abs. 1 ApothG Bln, nach der Bewerber ein Pharmazie-Studium erfolgreich absolviert haben muss, ist selbsterklärend. Um eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, bedarf es einer kompetenten Beratung nicht nur durch den Arzt, sondern auch durch den Apotheker, gerade auch bei rezeptfreien Arzneimitteln. Eine Information alleine durch die Beipackzettel ist zwar in vielen, aber wohl nicht in allen Fällen ausreichend. Außerdem kommt dem Staat hier eine Einschätzungsprärogative (Beurteilungsspielraum) zu. Auch sie ist damit geeignet, das Ziel zu erreichen.

Fraglich ist aber, ob die Regelung des § 11 Abs. 2 ApothG Bln, nach der ein Bewerber eine bestimmte Anzahl an Jahren als angestellter Apotheker gearbeitet haben muss, geeignet ist. Nach dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass der Inhaber der Apotheke – und damit der Hauptverantwortliche – Praxiserfahrung besitzt, etwas, was das Studium nicht bieten kann. Die Regelung scheint also geeignet zu sein. Allerdings ist der Teil der Norm, nach dem Erfahrung im Inland doppelt so viel zählt wie die im Ausland nicht geeignet, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen. Denn eine solche Arbeitserfahrung ist genauso wertvoll wie eine inländische Arbeitserfahrung, so dass hier nicht die doppelte Anzahl an Jahren verlangt werden darf. Auch kann die Argumentation nicht überzeugen, dass sich ein Apotheker in den regionalen Gesundheitsprogrammen auskennen müsse. Herstellung, Lagerung, Prüfung und Abgabe von Arzneimitteln sowie die Beratung bezüglich dieser Arzneimittel ist

---

21 EuGH, Urteil vom 1. 6. 2010 - C-570/ 07, Rn. 73.

Aufgabe des Apothekers, vgl. § 3 ApothG Bln. „Wie“ eine Apotheke in der Region betrieben wird, kann schon alleine deshalb nicht durch Herkunftsklauseln sichergestellt werden, da alleine die Herkunft einer Person keine Garantie hinsichtlich seiner Ortskenntnisse gibt. Die richtige gesetzliche Regelungstechnik wäre damit die Regelung des „wie“ der Berufsausübung und nicht die des „ob“ der Berufsausübung. Allerdings ist die Voraussetzung, überhaupt fünf Jahre in einer Apotheke gearbeitet zu haben, geeignet. Diese Auslegung kann durch eine europarechtskonforme teleologische Reduktion der Norm erreicht werden.

Das Wohnsitzerfordernis ist aus demselben Grund nicht geeignet. Da eine europarechtskonforme Auslegung scheitert, muss diese Norm unangewendet bleiben.

### cc. Erforderlichkeit

Die Beschränkungen der §§ 9, 10, 11 Abs. 1 und Abs. 2 (in europarechtskonformer Auslegung) ApothG Bln müssen auch erforderlich sein.

*Anmerkung:* Das Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt zwar aus dem deutschen Recht, jedoch prüft der EuGH oft nicht die Angemessenheit, sondern zieht die Aspekte der Angemessenheit mit in die Erforderlichkeitsprüfung hinein. Da er allerdings in manchen Fällen auch die Angemessenheit prüft,<sup>22</sup> sollten Sie Erforderlichkeit und Angemessenheit voneinander trennen, auch wenn dies teilweise in anderen Falllösungen nicht getan wird.<sup>23</sup> Dafür spricht auch, dass Sie so die Kongruenz zum Lernstoff des Öffentlichen Rechts herstellen und Ihre Prüfer aus der deutschen Rechtstradition stammen).

Erforderlich ist eine Regelung dann, wenn keine gleich geeignete, aber weniger in die Grundfreiheiten des Einzelnen eingreifende Maßnahme besteht. Außerdem muss eine Regelung systematisch und kohärent sein. Dabei darf der Staat im Gesundheitsbereich Maßnahmen treffen, ohne dass letzte Gewissheit über das Vorliegen einer Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung bestehen muss.<sup>24</sup> Ihm kommt mithin ein Beurteilungsspielraum zu.

Die Voraussetzung einer Genehmigung (§ 9 ApothG Bln) ist erforderlich, um die Anforderungen des Gesetzes kontrollieren zu können.

Die Voraussetzung eines pharmazeutischen Studiums nach § 11 Abs. 1 ApothG Bln ist erforderlich, da nur so gewährleistet werden kann, dass eine Apotheke den Zielen des § 3 ApothG entspricht und nicht eine reine Verkaufsstelle (analog zu heutigen Großbuchhandlungen, in denen Beratung auch faktisch nicht mehr stattfindet) wird.

Auch die Voraussetzung, überhaupt Berufserfahrung gesammelt zu haben, ist erforderlich. Ob fünf Jahre ausreichen oder sogar zu viel sind, mag zwar umstritten sein, hier kommt aber dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu.

Fraglich ist aber, ob die Voraussetzungen des § 10 ApothG Bln erforderlich sind.

---

22 S. nur Schröder ./.. Hauptzollamt Gronau, Slg. 1989, 2237, 2269, Rn. 2. S. auch Art. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABI. EU 2008 Nr. C 115, S. 206, der die Angemessenheit ausdrücklich erwähnt.

23 S. etwa Musil/Burchard, Klausurenkurs im Europarecht, 3. Auflage, 2013, Fall 2, Rn. 89 f.

24 Apothekerkammer des Saarlandes, Rn. 30.

Es wird vom EuGH anerkannt, dass ein Abstands- und Mindesteinzugsgebot grundsätzlich erforderlich sein kann. Es gibt zwar andere denkbare Modelle, etwa ein sog. Mindestzahlensystem, nach dem für die jeweiligen Gebiete eine Mindestzahl an Apotheken vorgeschrieben wird und Genehmigungen für Apotheken in anderen Gebieten erst dann erteilt werden, wenn die Mindestzahlen insgesamt erreicht sind. Es kann hier offen bleiben, ob dies tatsächlich ein milderes, gleich geeignetes Mittel darstellt, da dem Mitgliedstaat insoweit ein Einschätzungsprärogative zukommt.<sup>25</sup>

Um erforderlich zu sein, muss ein Gesetz auch systematisch und kohärent sein. Das wäre dann nicht der Fall, wenn etwa das Mindestabstandgebot zu weit gefasst wäre und nicht wie hier nur 100 m umfasst. Würde aus dem Mindestabstandgebot z.B. folgen, dass die Regelung, die die Mindesteinzugszahl regelt, ad absurdum geführt würde, läge keine systematische und kohärente Regelung vor. Dies ist aber nicht ersichtlich.

Die Regelungen sind damit auch systematisch und kohärent und somit insgesamt erforderlich.

*Anmerkung I:* Im Ausgangsfall regelte das Gesetz sowohl städtische wie auch ländliche Gebiete. Diese unterscheiden sich von der Konzentration der Einwohnerzahl so sehr, dass eine starre Regelung nicht mehr kohärent gewesen wäre. Da es aber Ausnahmeregelungen vorsah, erkannte der EuGH keinen Verstoß gegen Europarecht. Sie sehen an dieser Rechtsprechung, wie wichtig Einzelfallgerechtigkeit ist, auch wenn diese nie ganz erreicht werden kann, da der Gesetzgeber aufgrund der großen Komplexität des Lebens und der Unterschiedlichkeit eines jeden Einzelfalls ein Recht zur Typisierung von Fällen hat.

*Anmerkung II:* Im Ausgangsfall prüft der EuGH die hier unter der Erforderlichkeit geprüften Frage der mangelnden Kohärenz und Systematik der Regelung im Rahmen der Geeignetheit. Er geht davon aus, dass eine grundsätzlich geeignete Regelung im Fall ihrer Inkohärenz und Systematik am Ende doch ungeeignet ist.<sup>26</sup> Im deutschen Recht würde dies unter dem Aspekt der Folgerichtigkeit geprüft, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) ableitet.<sup>27</sup> Der folgende Aufbau wurde hier gewählt, weil die Regelung – wie auch der EuGH anerkennt – grundsätzlich geeignet ist, und die Erforderlichkeit gerade die Frage betrifft, ob nicht eine Modifikation der Regelung ebenso oder besser geeignet ist und weniger eingreifend ist. Der Sache nach handelt es sich genau um diese Frage.

#### **dd. Angemessenheit**

Die Genehmigungspflicht (§ 9 ApothG Bln), die Voraussetzung eines pharmazeutischen Studiums (§ 11 Abs. 1 ApothG Bln), die Voraussetzung überhaupt Berufserfahrung gesammelt zu haben (§ 11 Abs. 1 ApothG Bln in europarechtskonformer Auslegung) sowie die Abstands- und Mindesteinzugsregeln (§ 10 ApothG Bln) müssen auch angemessen sein. Das sind sie dann, wenn eine

25 Vgl. EuGH, Urteil vom 1. 6. 2010 - C-570/ 07, Rn. 107 f.

26 EuGH, Urteil vom 1. 6. 2010 - C-570/ 07, Rn. 94.

27 Vgl. BVerfG, Urteil vom 9. Dezember 2008, Rn. 54,

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20081209\\_2bvl000107.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20081209_2bvl000107.html)  
- Pendlerpauschale.

Maßnahme nicht zu einem Nachteil führt, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Gerade aufgrund der hohen Wertigkeit der staatlichen Pflicht die Versorgungssicherheit der Bevölkerung mit Medikamenten zu gewährleisten (die sich auch aus dem staatlichen Schutzauftrag des Staates zum Schutz der Gesundheit des Einzelnen ergibt) sind die verschiedenen Regelungen angemessen. (a.A. bei ausreichender Argumentation vertretbar)

### 3. Zwischenergebnis

Die Genehmigungspflicht, die Voraussetzung eines pharmazeutischen Studiums, die Voraussetzung überhaupt Berufserfahrung gesammelt zu haben sowie die Abstands- und Mindestinzugsregeln sind europarechtskonform, die § 11 Abs. 2 und 3 ApothG widersprechen hingegen dem Europarecht.

### III. Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV?

Fraglich ist, wie mit diesem Ergebnis umzugehen ist und ob etwa ein Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV einzuleiten ist. Nach deutschem Recht gilt, dass die Judikative ein formelles, nachkonstitutionelles Gesetz grundsätzlich anwenden muss. Wenn es von seiner Rechtswidrigkeit überzeugt ist, dann muss das Verfahren ausgesetzt und dem Verfassungsgericht vorgelegt werden. Dies gilt aber dann nicht mehr, wenn das Gesetz gegen Europarecht verstößt. Vielmehr werden dann die nationalen Normen nicht angewendet. Ein Vorabentscheidungsverfahren ist nur dann zwingend,

- wenn die Vorlagefrage entscheidungserheblich ist **und**
- wenn das Gericht entweder Europarecht (oder europarechtlich determiniertes nationales Recht) nicht anwenden möchte **oder**
- wenn es letztinstanzlich tätig wird, also eine Berufung oder Revision im konkreten Fall nicht möglich ist, **und** es Zweifel an der Gültigkeit oder Auslegung des Unionsrechts hat (Art. 267 Abs. 3 AEUV).

Eine Vorlagepflicht besteht aber selbst unter diesen Umständen dann nicht,

- wenn die Frage vom EuGH schon entschieden wurde **oder**
- die Acte-Claire Doktrin greift (also die Vorlage derart offenkundig ist, dass keinerlei vernünftige Zweifel an der Unionrechtswidrigkeit oder –gültigkeit bestehen.<sup>28</sup>

Hier will das Gericht aber gerade Europarecht anwenden, weshalb nicht vorgelegt werden muss.

### C) Ergebnis

Da es sich hier um einen gebundenen Anspruch handelt, folgt aus dem Gesetz nunmehr, dass jeder nicht-deutsche Unionsbürger Anspruch auf die Genehmigung einer Apotheke in Berlin besitzt, der einen Antrag stellt, einen Pharmazieabschluss besitzt, mindestens fünf Jahre in einer Apotheke gearbeitet hat und die Voraussetzungen des Abstands- und Mindestinzugsgebots erfüllt sind.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 9. Auflage, 2014, Rn. 558 ff.

<sup>29</sup> Dass dies nicht für Deutsche gilt, betrifft das Problem der Inländerdiskriminierung. Dies ist aber kein Problem des Europarechts sondern des deutschen Verfassungsrechts –



Damit hat *Pilule*, der zwar die in seiner Person liegenden Voraussetzungen erfüllt, zwar grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung. Dies gilt aber nicht für die Orte, in denen die Voraussetzungen des § 10 ApothG – wie hier – nicht erfüllt sind. Damit hat er keinen Anspruch auf Erteilung der begehrten Genehmigung. Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet.

(a.A. bei ausreichender Argumentation vertretbar)

Fragen und Anregungen zur Lösung? [info@hauptstadtfaelle.de](mailto:info@hauptstadtfaelle.de)

**Siehe aus der neueren Rechtsprechung auch:**

Sokoll-Seebacher, EuGH, 13.02.2014 - C-367/12

Susisalo u.a., EuGH, 21.06.2012 - C-84/11

Venturini, EuGH, 27.04.2012 - C-159/12, C-160/12, C-161/12

---

und wird hier dahingehend gelöst, dass eine Gleichbehandlung nach Art. 3 GG nur vom selben Normgeber vorzunehmen ist und deshalb eine Ungleichbehandlung von Inländern aufgrund des Europarechts verfassungsrechtlich hinzunehmen ist.