

Würzburg, 26.05.2012

Samstagsklausur im Öffentlichen Recht

Sachverhalt

Die Power Pharmacy Ltd. ist eine nach englischem Recht gegründete, rechtsfähige Kapitalgesellschaft mit Sitz in Großbritannien, wo sie etwa 1.200 Apotheken betreibt. Nunmehr möchte sie ihre Geschäftstätigkeit auch auf Bayern ausdehnen und beantragt am 14. Januar 2012 bei der insoweit zuständigen Landeshauptstadt München die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke im Stadtgebiet von München. Die Power Pharmacy Ltd. beabsichtigt in der Apotheke vier deutsche approbierte Apotheker im Angestelltenverhältnis zu beschäftigen, wobei von diesen einer die Filiale leiten und einer zum stellvertretenden Filialleiter ernannt werden soll.

Die Landeshauptstadt München lehnt mit Bescheid vom 15. April 2012 die Erteilung der Erlaubnis unter Hinweis auf § 1 Abs. 2, § 7 und § 8 Apothekengesetz (ApoG) ab. Das deutsche Apothekenrecht sei vom Leitbild des "Apothekers in seiner Apotheke" geprägt und enthalte ein Verbot des Besitzes und Betriebes von mehr als einer Apotheke. Eine Erlaubniserteilung an eine Kapitalgesellschaft käme wegen § 8 ApoG von vornherein nicht in Betracht. Danach sei der Besitz und Betrieb von Apotheken durch Nicht-Apotheker und Kapitalgesellschaften ausgeschlossen. Vielmehr verlange § 7 ApoG, dass der Apotheker, dem die Erlaubnis erteilt werde, die Apotheke in eigener Verantwortung leiten müsse. Dies sei bei einem angestellten Apothekenleiter nicht gewährleistet. Der Gesetzgeber habe mit der Regelung die Bildung von Apothekenketten gerade verhindern wollen, da bei diesen zu befürchten sei, dass sich die Geschäftsführung ausschließlich am Ziel der Gewinnmaximierung orientieren werde. Dies sei jedoch zum Schutz der Volksgesundheit gerade unerwünscht. Vielmehr obliege den Apothekern die verantwortungsvolle Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten, somit eine öffentliche Aufgabe. Diese sei durch einen selbständigen, an Weisungen nicht gebundenen Apotheker, der - anders als der Angestellte - nicht mit der Kündigung durch den Kapitaleigner rechnen müsse, besser gewährleistet.

Die Power Pharmacy Ltd. erhebt in zulässiger Weise beim Verwaltungsgericht München Verpflichtungsklage gegen die Landeshauptstadt München auf Erteilung der beantragten Erlaubnis. Die Verweigerung der Erlaubnis verstoße sowohl gegen Art. 12, 14 und 2 GG als auch gegen die Niederlassungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union. Die Regelungen des ApoG führten im Ergebnis dazu, dass die Power Pharmacy Ltd. auf dem deutschen Apothekenmarkt überhaupt nicht tätig werden könne. Es werde eine objektive Berufszulassungsschranke errichtet, die unverhältnismäßig sei. Es sei nicht ersichtlich, warum von einer Kapitalgesellschaft mit angestellten Apothekern als Filialleitern eine größere Gefährdung ausgehe als von einem Apotheker als selbständigem Unternehmer, der doch unter viel größerem finanziellen Druck stehen könne. Das Leitbild des "Apothekers in seiner Apotheke" sei angesichts der Tatsache, dass bereits heute eine große Zahl der Apotheken rechtmäßig als Filialapotheken betrieben werde (was zutrifft), nicht mehr zeitgemäß.

Der Prozessvertreter der Landeshauptstadt München hält dem entgegen, dass die Niederlassungsfreiheit bereits deswegen nicht berührt sei, weil die Vorschriften des ApoG für inländische wie ausländische Apotheker gleichermaßen gälten. Überdies seien sie aus Gründen des Gesundheitsschutzes in jedem Fall gerechtfertigt. Im Übrigen handele es sich sowohl bei dem Vertrag über die Europäische Union als auch bei dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union um völkerrechtliche Verträge, auf den sich die Power Pharmacy Ltd. nicht berufen könne. Außerdem sei darauf zu verweisen, dass weder die Grundrechte noch die Grundfreiheiten schrankenlos gewährleistet seien und dem Gesetzgeber insoweit ein weiter Ermessensspielraum zukomme, wie er das legitime Ziel des Gesundheitsschutzes verfolge. Auch sei fraglich, ob sich die Power Pharmacy Ltd. als ausländische Kapitalgesellschaft überhaupt auf die Grundrechte des Grundgesetzes berufen könne.

Aufgabe

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ist zu klären, ob die von der Power Pharmacy Ltd. erhobene Klage begründet ist. Auf die Zulässigkeit der Klage ist nicht einzugehen.

Bearbeitervermerk

Auf den Auszug aus dem ApoG wird hingewiesen. Die Absätze 2 und 3 des § 2 ApoG sind nicht zu prüfen; sie sind aus diesem Grund auch nicht abgedruckt.

Es ist davon auszugehen, dass das ApoG in formeller Hinsicht verfassungsmäßig ist und dass nach dem ApoG die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Erlaubnis nur an approbierte Apotheker mit einer bestandenen pharmazeutischen Prüfung oder einem gleichwertigen Befähigungsnachweis erteilt wird. Die Frage einer Präklusion der erneuten Prüfung der Verfassungskonformität des ApoG durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des ApoG aus dem Jahr 1964 (BVerfGE 17, 232) ist nicht zu erörtern.

Auf Art. 53 Abs. 2 und Art. 106 AEUV sowie europäische Sekundärrechtsakte ist nicht einzugehen.

Die Bearbeitungszeit beträgt 5 Stunden.

Auszug aus dem Gesetz über das Apothekenwesen (Apothekengesetz - ApoG) vom 20. August 1960 (BGBl I S. 697), in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 1980 (BGBl I S. 1993), zuletzt geändert durch Art. 16a des Gesetzes vom 28. Mai 2008 (BGBl I S. 874)

§ 1

- (1) Den Apotheken obliegt die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung.
- (2) Wer eine Apotheke und bis zu drei Filialapotheken betreiben will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde.
- (3) Die Erlaubnis gilt nur für den Apotheker, dem sie erteilt ist, und für die in der Erlaubnisurkunde bezeichneten Räume.

§ 2

- (1) Die Erlaubnis ist auf Antrag zu erteilen, wenn der Antragsteller
1. Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes, Angehöriger eines der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder eines Vertragsstaates, dem Deutschland und die Europäische Union vertraglich einen entsprechenden Rechtsanspruch eingeräumt haben, oder heimatloser Ausländer im Sinne des Gesetzes über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer ist;
 2. voll geschäftsfähig ist;
- [und]
8. mitteilt, ob und gegebenenfalls an welchem Ort er in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder in einem Vertragsstaat, dem Deutschland und die Europäische Union vertraglich einen entsprechenden Rechtsanspruch eingeräumt haben, eine oder mehrere Apotheken betreibt.
- (4) Die Erlaubnis zum Betrieb mehrerer öffentlicher Apotheken ist auf Antrag zu erteilen, wenn
1. der Antragsteller die Voraussetzungen nach den Absätzen 1 bis 3 für jede der beantragten Apotheken erfüllt und
 2. die von ihm zu betreibende Apotheke und die von ihm zu betreibenden Filialapotheken innerhalb desselben Kreises oder derselben kreisfreien Stadt oder in einander benachbarten Kreisen oder kreisfreien Städten liegen.
- (5) Für den Betrieb mehrerer öffentlicher Apotheken gelten die Vorschriften dieses Gesetzes mit folgenden Maßgaben entsprechend:
1. Der Betreiber hat eine der Apotheken (Hauptapotheke) persönlich zu führen.
 2. Für jede weitere Apotheke (Filialapotheke) hat der Betreiber schriftlich einen Apotheker als Verantwortlichen zu benennen, der die Verpflichtungen zu erfüllen hat, wie sie in diesem Gesetz und in der Apothekenbetriebsordnung für Apothekenleiter festgelegt sind. Soll die Person des Verantwortlichen geändert werden, so ist dies der Behörde von dem Betreiber eine Woche vor der Änderung schriftlich anzuzeigen.

§ 7

Die Erlaubnis verpflichtet zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung. Im Falle des § 2 Abs. 4 obliegen dem vom Betreiber nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 benannten Apotheker die Pflichten entsprechend Satz 1; die Verpflichtungen des Betreibers bleiben unberührt. (...)

§ 8

Mehrere Personen zusammen können eine Apotheke nur in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft betreiben; in diesen Fällen bedürfen alle Gesellschafter der Erlaubnis. (...)