

Dr. Nils Schaks, licencié en droit (Paris X-Nanterre), Berlin*

„Der uneinsichtige Apotheker“

THEMATIK	Verwaltungsprozessrecht, Grundrecht der Berufsfreiheit, Allgemeiner Gleichheitssatz, Besonderes Verwaltungsrecht (Apothekenrecht)
SCHWIERIGKEITSGRAD	Examen, mittel
BEARBEITUNGSZEIT	5 Stunden
HILFSMITTEL	Sartorius, Auszüge aus dem AMG, ApoG und der ApoBetrO (§§ 64, 69 AMG, §§ 1, 11 a ApoG, §§ 17, 20 ApoBetrO – vorliegend nicht abgedruckt), Berliner Landesrecht

■ SACHVERHALT

Arzneimittel- und apothekenrechtlich werden – abhängig vom Gefährdungspotential – im Wesentlichen drei Arten von Arzneimitteln unterschieden: Verschreibungspflichtige Arzneimittel dürfen an Endverbraucher nur auf der Grundlage einer (zahn-)ärztlichen Verschreibung bzw. Verordnung („Rezept“) abgegeben werden und nur von Apotheken. Für den Erwerb von apothekenpflichtigen Arzneimitteln bedarf es zwar keiner (zahn-)ärztlichen Verschreibung, aber diese Arzneimittel dürfen nur von Apotheken an Endverbraucher abgegeben werden. Freiverkäufliche Arzneimittel dürfen auch außerhalb von Apotheken an Endverbraucher abgegeben werden (zB Vitaminpräparate in Drogerien). Freiverkäufliche Arzneimittel dürfen sich in der sog. „Freiwahl“ befinden und können vom Kunden selbst frei ausgewählt

* Der *Verfasser* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht an der Freien Universität Berlin (Univ.-Prof. Dr. *Helge Sodan*) sowie Universitätsrepetitor. Die Klausur wurde im Wintersemester 2012/2013 im Rahmen des Examenklausurenkurses gestellt. Sie beruht auf der Entscheidung BVerwGE 144, 355 sowie den Entscheidungen der Vorinstanzen (OVG Münster MedR 2011, 296 ff. und VG Aachen Urt. v. 7.12.2007 – 7 K 1622/03).

werden. Apothekenpflichtige Arzneimittel dürfen sich nur in der sog. „Sichtwahl“ befinden (§ 17 III Apothekenbetriebsordnung – ApoBetrO). Dies ist der Bereich hinter dem Tresen, der von den Kunden bloß eingesehen werden kann, Zugriff haben sie dort nicht (keine Selbstbedienung). Verschreibungspflichtige Arzneimittel dürfen sich schließlich nicht einmal in der Sichtwahl befinden.

D ist selbstständiger Apotheker und deutscher Staatsangehöriger. Er betreibt eine Apotheke in Berlin-Mitte. Bei einer amtlichen Besichtigung am 4.1.2013 stellte das Landesamt für Gesundheit und Soziales Berlin (LAGESO) fest, dass in der Apotheke des D verschiedene apothekenpflichtige Arzneimittel in der Selbstbedienung angeboten wurden. Nach ordnungsgemäßer Anhörung untersagte das LAGESO dem D mit Verfügung vom 18.1.2013 erstens, apothekenpflichtige Arzneimittel in der Selbstbedienung feilzubieten. Zweitens gab das LAGESO dem D in der Verfügung auf, alle apothekenpflichtigen Arzneimittel, die in der Apotheke in der Selbstbedienung feilgeboten werden, innerhalb einer Woche nach Zustellung der Verfügung aus der Selbstbedienung zu entfernen. Die Verfügung wurde ordnungsgemäß begründet.

Nach ordnungsgemäßigem, aber erfolglosem Widerspruchsverfahren legte D am 8.3.2013 Klage gegen die ihn betreffende Bescheide beim Verwaltungsgericht Berlin ein. Der Widerspruchsbescheid datiert vom 11.2.2013.

D macht geltend, bereits die Rechtsgrundlage für die beiden Verbote sei unwirksam, da sie lediglich von den „notwendigen Anordnungen“ spreche und deshalb zu unbestimmt sei. Vor allem sei jedoch die Vorschrift des § 17 III ApoBetrO verfassungswidrig. Denn diese Bestimmung sei unverhältnismäßig und deshalb mit seinen Grundrechten unvereinbar. Es sei bereits nicht erkennbar, welchen Zweck die Vorschrift haben solle. Insbesondere habe diese Vorschrift ihren Sinn durch die im Jahre 2004 erfolgte Zulassung des Versandhandels mit Arzneimitteln (§ 11 a Apothekengesetz – ApoG) verloren. Das führe auch zu einer unbegründeten Schlechterstellung von Präsenzapotheken im Vergleich zu Versandhandelsapotheken. Das LAGESO hingegen hat keinerlei Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit.

Wie wird das angerufene Gericht entscheiden?

Hinweise für die Bearbeitung:

1. Europarecht ist nicht zu prüfen.
2. Unterstellen Sie, dass § 17 III ApoBetrO eine ordnungsgemäße gesetzliche Grundlage in § 21 ApoG findet. Art. 80 GG ist nicht zu prüfen.
3. Gehen Sie davon aus, dass nur die oben unter „Hilfsmittel“ genannten Vorschriften des ApoG, des AMG sowie der ApoBetrO für die Lösung des Falls relevant sind.
4. Sollten Sie zu dem Ergebnis kommen, dass die Klage unzulässig oder unbegründet ist, ohne dass Sie Gelegenheit hatten, auf alle relevanten Fragen einzugehen, prüfen Sie hilfsgutachterlich weiter.