

## **BE\_DIREKTIONEN 2019.GEF.26785 vom 23. Februar 2021**

Be Direktionen, 2021-02-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_direktionen\\_2019.GEF.26785](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_direktionen_2019.GEF.26785)

FR: BE\_DIREKTIONEN 2019.GEF.26785 du 23 février 2021

IT: BE\_DIREKTIONEN 2019.GEF.26785 del 23 febbraio 2021

### **Volltext**

1/21 Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion Rathausgasse 1 Postfach 3000 Bern 8 +41 31 633 79 20 (Telefon) +41 31 633 79 09 (Fax) info.gsi@be.ch www.be.ch/gsi  
Referenz: 2019.GEF.26785 / kr, stm, pz, sbu Beschwerdeentscheid vom 23. Februar 2021 in der Beschwerdesache

X.\_\_\_\_ Beschwerdeführer vertreten durch Rechtsanwältin Y.\_\_\_\_ bzw. seit 12. Februar 2021 durch Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_

gegen

Kantonsapothekeramt (KAPA), Rathausgasse 1, Postfach, 3000 Bern 8 Vorinstanz

betreffend Abweisung des Gesuchs um Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung als Apotheker im Kanton Bern (Verfügung der Vorinstanz vom 25. Oktober 2019)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

2/21 I. Sachverhalt 1. X.\_\_\_\_ (fortan: Beschwerdeführer) verfügt seit dem 17. März 2015 über eine Approbation als Apotheker in Deutschland. Er erhielt am 4. April 2018 auf Antrag die Anerkennungsbestätigung von der schweizerischen Medizinalberufekommission (MEBEKO). 2. Am 5. Juli 2019 stellte er bzw. die Betriebsleiterin der Apotheke A.\_\_\_\_, beim Kantonsapothekeramt (KAPA, fortan: Vorinstanz) ein Gesuch um Erteilung einer Bewilligung zur Tätigkeit als Apotheker einer öffentlichen Apotheke mit eingeschränkter Stellvertreterfunktion. Die entsprechende Stellvertreterbewilligung wurde dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 11. Juli 2019 erteilt. 3. Daraufhin beantragte der Beschwerdeführer am 19. August 2019 die Erteilung einer Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung (Berufsausübungsbewilligung, fortan: BAB) als Apotheker im Kanton Bern. 4. Mit Schreiben vom 2. September 2019 lehnte die Vorinstanz das Gesuch wegen fehlenden Nachweises einer hinreichenden Weiterbildung ab und hielt dies auf Verlangen des Beschwerdeführers mit Verfügung vom 25. Oktober 2019 auch noch formell fest. 5. Gegen diese Verfügung hat der Beschwerdeführer am 2. Dezember 2019 bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF) Beschwerde erhoben. Er beantragt, dass die Verfügung aufzuheben und ihm die Bewilligung zur privatwirtschaftlichen Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung als Apotheker im Kanton Bern zu erteilen sei. 6. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die GEF leitete,<sup>1</sup> holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Da die GEF im Verfahren 2019.GEF.248 über einen ähnlichen Fall entschieden hatte und dieser vor Verwaltungsgericht (Verfahren Nr. 100.2019.334) hängig war, stellte das Rechtsamt mit Verfügung vom 5. Dezember 2019 die Sistierung des Verfahrens in Aussicht. Während der nun anwaltlich vertretene Beschwerdeführer eine Sistierung von Amtes wegen ablehnte, stimmte die Vorinstanz der Sistierung zu. 7. Mit Zwischenverfügung vom 18. Dezember 2019 sistierte das Rechtsamt das vorliegende Verfahren bis zum Vorliegen eines

rechtskräftigen Urteils im Verwaltungsgerichtsverfahren Nr. 100.2019.334 (betreffend Entscheid im Verwaltungsbeschwerdeverfahren Nr. 2019.GEF.248).

1 Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (Organisationsverordnung GSI, OrV GSI; BSG 152.221.121; Version in Kraft bis 31.12.2019)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

3/21 8. Aufgrund der Direktionsreform wird die Gesundheits- und Fürsorgedirektion (GEF) seit dem 1. Januar 2020 als Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (GSI) bezeichnet.<sup>2</sup> Die Instruktion der Beschwerdeverfahren erfolgt nach wie vor durch das Rechtsamt (Art. 10 OrV GSI). 9. Mit Urteil vom 9. März 2020 wies das Verwaltungsgericht im Verfahren Nr. 100.2019.334 die Beschwerde gegen den Beschwerdeentscheid der GSI im Verwaltungsbeschwerdeverfahren Nr. 2019.GEF.248 ab. Dieser Entscheid ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. 10. Mit Verfügung vom 5. Juni 2020 nahm das Rechtsamt das vorliegende Beschwerdeverfahren wieder auf. Der Beschwerdeführer wurde aufgefordert, sich zur Fortsetzung des Verfahrens zu äussern und mitzuteilen, ob er an seiner Beschwerde vom 2. Dezember 2019 festhalten oder das Rechtsmittel zurückziehen wolle. 11. Mit Stellungnahme vom 15. Juni 2020 teilte der Beschwerdeführer mit, dass er an seiner Beschwerde festhalten wolle. Das Rechtsamt forderte daraufhin die Vorinstanz zur Einreichung einer Beschwerdevernehmlassung auf und holte die Vorakten ein. Die Vorinstanz beantragt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 7. August 2020 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Am 18. August 2020 reichte der Beschwerdeführer unaufgefordert eine kurze Replik ein. Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1. Sachurteilsvoraussetzungen 1.1 Angefochten ist die Verfügung der Vorinstanz vom 25. Oktober 2019. Diese Verfügung ist gemäss Art. 46 GesG<sup>4</sup> und Art. 87 GesV<sup>5</sup> i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG<sup>6</sup> bei der GSI als der in der Sache zuständigen Direktion anfechtbar. Somit ist die GSI zur Beurteilung der Beschwerde vom 2. Dezember 2019 zuständig.

2 Art. 1 Abs. 1 Bst. b des Dekrets vom 11. September 2019 über die Aufgaben der Direktionen und der Staatskanzlei und die Direktionsbezeichnungen (ADSD; BSG 152.010) 3 Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (Organisationsverordnung GSI, OrV GSI; BSG 152.221.121; Version in Kraft seit 01.01.2020) 4 Gesundheitsgesetz vom 2. Dezember 1984 (GesG; BSG 811.01) 5 Verordnung vom 24. Oktober 2001 über die beruflichen Tätigkeiten im Gesundheitswesen (Gesundheitsverordnung, GesV; BSG 811.111) 6 Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

4/21 1.2 Der Beschwerdeführer ist als Adressat der Verfügung ohne Weiteres zur Beschwerdeführung befugt (Art. 65 VRPG). 1.3 Die unterzeichnende Anwältin wie auch ihr Nachfolger (Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_) sind gehörig bevollmächtigt. 1.4 Auf die gemäss Art. 67 VRPG form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten. 1.5 Die GSI prüft, ob die Vorinstanz von einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts ausgegangen ist, ob sie Recht verletzt hat (einschliesslich allfälliger Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens) und ob die angefochtene Verfügung unangemessen ist (Art. 66 VRPG). Der GSI steht somit volle Kognition zu. 2.

Streitgegenstand Umstritten und zu prüfen (Streitgegenstand) ist vorliegend, ob die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung einer BAB zu Recht abgewiesen hat. Insbesondere ist strittig, ob dem Beschwerdeführer trotz des Fehlens eines Weiterbildungstitels im Sinne von Art. 36 Abs. 2 MedBG eine BAB zu erteilen ist.

3. Anspruch auf Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung als Apotheker 3.1 Argumentation der Verfahrensbeteiligten 3.1.1 Die Vorinstanz begründet ihre Verfügung vom 25. Oktober 2019 wie folgt: Die Erteilung einer Bewilligung zur privatwirtschaftlichen Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung als Apotheker setze voraus, dass die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller ein entsprechendes eidgenössisches (oder eidgenössisch anerkanntes) Diplom besitze, vertrauenswürdig sei sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung biete und über die notwendigen Kenntnisse einer Amtssprache des Kantons, für welche die Bewilligung beantragt werde, verfüge. Wer den Apothekerberuf privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung ausüben wolle, brauche somit seit dem Inkrafttreten der Teilrevision des MedBG am 1. Januar 2018 zusätzlich einen eidgenössischen (oder eidgenössisch anerkannten) Weiterbildungstitel. Der Besitz eines eidgenössischen Apothekerdiploms bzw. eines anerkannten ausländischen Diploms gestatte nur eine Tätigkeit unter Aufsicht. Einen eidgenössischen Weiterbildungstitel als Fachapothekerin oder Fachapotheker erhalte, wer eine

7 Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG; SR 811.11)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

5/21 Weiterbildung in Spital- bzw. Offizinpharmazie absolviere. Ausländische Weiterbildungstitel würden unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt. Gemäss den Übergangsbestimmungen zur Teilrevision des MedBG seien Inhaberinnen und Inhaber eines eidgenössischen Apothekerdiploms, die vor Inkrafttreten der Änderung des MedBG am 1. Januar 2018 im Besitz einer kantonalen Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung gewesen seien, weiterhin berechtigt, ihren Beruf in der ganzen Schweiz ohne eidgenössischen Weiterbildungstitel privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung auszuüben (Art. 65 Abs. 1bis MedBG). Zudem dürften Personen, die vor dem 1. Januar 2018 ihren Beruf privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung ausgeübt hätten, nach bisherigem Recht nicht selbstständig gewesen sein und nach kantonalem Recht keine Bewilligung benötigt hätten, ihren Beruf nach Inkrafttreten der Änderung noch während längstens fünf Jahren ohne Bewilligung ausüben (Art. 67e MedBG). Unbestrittenermassen verfüge der Beschwerdeführer über keinen eidgenössischen oder durch die MEBEKO eidgenössisch anerkannten Weiterbildungstitel und auch die Übergangsbestimmungen des MedBG würden nicht zur Anwendung gelangen, da der Beschwerdeführer nicht über die im Kanton Bern seit jeher erforderliche BAB als Apotheker verfügt habe. Somit seien im vorliegenden Fall die Bewilligungsvoraussetzungen gemäss Art. 36 Abs. 2 MedBG nicht erfüllt, weshalb das Gesuch des Beschwerdeführers vom 19. August 2019 um Erteilung einer BAB als Apotheker im Kanton Bern abzuweisen sei.

3.1.2 Mit Beschwerde vom 2. Dezember 2019 macht der Beschwerdeführer geltend, er erfülle die Voraussetzungen für die Erteilung einer BAB zur selbstständigen Berufsausübung: Gemäss Art. 36 Abs. 1 und 2 MedBG brauche es für die privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung ausgeübte Tätigkeit als Apotheker ein eidgenössisches Diplom und einen eidgenössischen Weiterbildungstitel. Er

besitze eine von der MEBEKO am 4. April 2018 anerkannte Approbationsurkunde als Apotheker der Apothekenkammer B.\_\_\_\_ vom 17. März 2015. Demgegenüber besitze er keinen eid- genössischen Weiterbildungstitel. Seines Erachtens benötige er aber keinen solchen Titel, da Art. 36 Abs. 2 MedBG im Widerspruch zum FZA8 stehe: Das FZA verweise auf die RL 2005/36/EG9 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Gemäss dieser Richtlinie dürften die Mitgliedsstaaten des Abkommens für die Ausübung des Apothekerberufs neben dem pharmazeutischen Ausbildungsnachweis einer Universität oder einem als gleichwertig an- erkannten Ausbildungsnachweis höchstens eine zusätzliche Berufserfahrung verlangen. Um eine sol- che Berufserfahrung zu belegen, genüge gemäss den Art. 44 und 45 der RL 2005/36/EG eine Be- scheinigung des Herkunftsmitgliedstaats darüber, dass die betreffende Person während einer gleichen

8 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681), in Kraft getreten am 1. Juni 2002 9 Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. L 255 vom 30. September 2005 S. 22

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

6/21 Zeitdauer im Herkunftsmitgliedstaat als Apotheker tätig gewesen sei. Die Weiterbildung zum Fach- apotheker Offizinpharmazie dauere bei Vollzeitbeschäftigung zwei Jahre (gemäss der Webseite von pharmasuisse) und könne berufsbegleitend absolviert werden. Er habe nachweislich während mehr als fünf Jahren in Deutschland Vollzeit als Apotheker gearbeitet, am Schluss sogar als Filialleiter. Da- mit habe er die in Art. 45 der RL 2005/36/EG verlangte zusätzliche Berufserfahrung in der gleichen Zeitdauer, wie sie für den Weiterbildungstitel in der Schweiz vorgeschrieben werde, im Herkunftsland erworben. Die GEF sei in ihrem Beschwerdeentscheid 2019.GEF.248 vom 17. September 2019 zum Schluss gekommen, das FZA und die Richtlinie 2005/36/EG seien in der Schweiz direkt anwendbar und wür- den dem schweizerischen Gesetzesrecht vorgehen. Das bedeute, dass das FZA und die Richtli- nie 2005/36/EG gelten würden und Art. 36 Abs. 2 MedBG nicht anwendbar sei. Als Ausbildungsnach- weis würden gemäss Anhang V Ziffer 5.6.2 der Richtlinie 2005/36/EG Apothekerdiplo me der entspre- chenden Länder genügen. Für die Schweiz genüge das eidgenössische Apothekerdiplom (Anhang III Bst. n zum FZA). Ein Weiterbildungstitel sei nicht erwähnt. Auch das bedeute, dass nur die zusätzliche Berufserfahrung von gleicher Dauer wie der Weiterbildungstitel verlangt werden dürfe. Zudem verbiete Art. 13 FZA die Einführung neuer Beschränkungen für Staatsangehörige anderer Ver- tragsstaaten nach Abschluss des Abkommens. Das FZA sei am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Der Weiterbildungstitel für Apotheker gemäss Art. 36 Abs. 2 MedBG werde seit dem 1. Januar 2018 ver- langt, somit lange nach Abschluss des FZA. Auch aus diesem Grund könne kein Weiterbildungstitel verlangt werden. In der im Entscheid Nr. 2019.GEF.248 zitierten Publikation von Rumetsch/Poledna werde zum Schluss ebenfalls erwähnt, dass von Gesuchstellern mit einem eidgenössisch anerkannten ausländi- schen Diplom für die fachlich selbständige Berufsausübung als Apotheker in der Schweiz kein Weiter- bildungstitel verlangt werden könne. Sollten dadurch Schweizer Apotheker benachteiligt sein, müsste das schweizerische Recht angepasst werden. Im Entscheid Nr. 2019.GEF.248 habe der Gesuchsteller zudem nicht über eine langjährige Berufsprax is in Deutschland verfügt. Deshalb habe er nicht alle Voraussetzungen erfüllt und sich auch nicht auf Art. 45 Abs. 3 der RL 2005/36/EG berufen können. Beim Beschwerdeführer hingegen

liege der Fall anders: Er habe mehr als fünf Jahre Vollzeit-Berufserfahrung als Apotheker in Deutschland und erfülle deshalb auch die zusätzliche Voraussetzung der Berufserfahrung. Die Vorinstanz habe zu diesem Punkt keine Stellung bezogen, er sei aber entscheidend für die Beurteilung und zeige, dass sich sein Fall in diesem wesentlichen Punkt vom Fall im Entscheid Nr. 2019.GEF.248 unterscheide. 3.1.3 In der Beschwerdevernehmlassung vom 7. August 2020 verweist die Vorinstanz primär auf die Begründungen des Verwaltungsgerichtsurteils Nr. 100.2019.334 vom 9. März 2020. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend Berufserfahrung führt sie aus, dass Art. 36 MedBG, welcher Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

7/21 die Voraussetzungen für eine Berufsausübungsbewilligung regle, keine «langjährige Berufserfahrung» vorsehe. Zu absolvieren sei vielmehr das von den zuständigen Gremien der Berufsverbände vorgegebene, klar strukturierte und definierte Weiterbildungsprogramm. Um den Weiterbildungstitel zu erhalten, müssten die Inhaberinnen und Inhaber jährlich eine gewisse Anzahl von Weiterbildungen bzw. Fortbildungen vorweisen. Das umfassende Erfordernis des Weiterbildungstitels lasse sich nicht durch «Berufserfahrung in gleicher Zeitdauer» ersetzen. Die vom Beschwerdeführer in Deutschland erlangte fünfjährige Berufserfahrung vermöge folglich den gesetzlich vorgeschriebenen Weiterbildungstitel nicht zu ersetzen, weshalb die Bewilligungsvoraussetzung des Weiterbildungstitels nach Art. 36 Abs. 2 MedBG unerfüllt bleibe. Hinzuzufügen sei, dass das direkt anwendbare übergeordnete Recht lediglich zur beruflichen Tätigkeit als Apotheker in der Schweiz berechtige, nicht aber zur bewilligungspflichtigen Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung. 3.1.4 In der Replik vom 18. August 2020 hat sich der Beschwerdeführer nochmals zum Erfordernis eines Weiterbildungstitels geäußert. Er macht geltend, die Vorinstanz übersehe in ihrer Argumentation, dass die Mitgliedstaaten gemäss Art. 45 Abs. 3 der RL 2005/36/EG neben dem Diplom zwar zusätzliche Berufserfahrung verlangen könnten, dass aber eine Bescheinigung des Herkunftsmitgliedstaates genüge, gemäss der die betreffende Person diese Tätigkeiten während einer gleichen Zeitdauer im Herkunftsmitgliedstaat ausgeübt habe. Massgebend sei vorliegend das Völkerrecht und nicht das Landesrecht. Soweit dies zu einer Inländerdiskriminierung führe, sei diese Schwierigkeit vom Gesetzgeber und nicht von den Behörden bei der Anwendung zu lösen. Schliesslich verbiete der lange vor Art. 36 Abs. 2 MedBG in Kraft getretene Art. 13 FZA die Anwendung der Bestimmung über den Weiterbildungstitel. 3.2 Rechtliche Grundlagen und Würdigung 3.2.1 MedBG Mit Inkrafttreten des MedBG am 1. September 2007 sind die Voraussetzungen für die Bewilligung zur privatwirtschaftlichen Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung neu auf bundesrechtlicher Ebene einheitlich und abschliessend geregelt worden.<sup>10</sup> Mit Inkrafttreten der Teilrevision am 1. Januar 2018 brauchen neu auch Apotheker und Apothekerinnen zusätzlich einen eidgenössischen Weiterbildungstitel für die Erteilung der BAB (Art. 36 Abs. 2 MedBG). Diese Neuerung wurde eingeführt, da der politische Wille bestand, höhere Anforderungen an die Kompetenzen der in eigener fachlicher Verantwortung tätigen Apothekerinnen und Apotheker zu stellen.<sup>11</sup> Nach Art. 34 MedBG bedarf es für die privatwirtschaftliche Ausübung eines universitären Medizinalberufes (vgl. Art. 2 MedBG) in eigener fachlicher Verantwortung einer Bewilligung des Kantons, auf

<sup>10</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173, Ziff. 2.6, S. 226 (fortan: Botschaft MedBG 2004) 11

Informationsschreiben des Bundesamtes für Gesundheit an die Kantone vom 19. Oktober 2017

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

8/21 dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird (Abs. 1). Eine Berufsausübung im öffentlichen Dienst von Kantonen und Gemeinden gilt nicht als privatwirtschaftlich (Abs. 2). Die privatwirtschaftliche Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung ist – im Gegensatz zur Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 320 ff. OR<sup>12</sup> – nicht weisungsgebunden (vgl. Art. 321d OR), d.h. die Person steht nicht unter der Aufsicht einer Kollegin oder eines Kollegen.<sup>13</sup> Apothekerinnen und Apotheker, die von der Eigentümerin oder dem Eigentümer zur Führung der Offizin angestellt sind, handeln nicht selbständig, jedoch privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung.<sup>14</sup> Unter welchen Umständen eine Tätigkeit privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung ausgeführt wird, legt die zuständige kantonale Behörde für die Erteilung der BAB fest.<sup>15</sup> Art. 36 MedBG regelt abschliessend die materiellen Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung. Eine Bewilligung zur privatwirtschaftlichen Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung erhält, wer die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG und die fachlichen Voraussetzungen nach Art. 36 Abs. 1 Bst. a und c MedBG erfüllt. Den Kantonen ist es nicht gestattet zusätzliche materielle Voraussetzungen aufzustellen.<sup>16</sup> Wer den Arzt-, den Chiropraktoren- oder den Apothekerberuf privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung ausüben will, braucht zusätzlich einen eidgenössischen Weiterbildungstitel (Art. 36 Abs. 2 MedBG). Der Besitz eines blossen eidgenössischen Apothekerdiploms bzw. eines anerkannten ausländischen Diploms gestattet nur eine Tätigkeit unter Aufsicht.<sup>17</sup> Einen eidgenössischen Weiterbildungstitel als Fachapothekerin oder Fachapotheker erhält, wer eine Weiterbildung in Spital- bzw. Offizinpharmazie absolviert (Art. 5 Abs. 2 MedBG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. e i.V.m. Anhang 3a MedBV<sup>18</sup>). Ausländische Weiterbildungstitel werden unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt (Art. 21 und 36 Abs. 3 MedBG). Der Beschwerdeführer bedarf als Medizinalperson im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. d MedBG für die Ausübung seines Berufs in eigener fachlicher Verantwortung einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird (Art. 34 MedBG). Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer die Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 36 Abs. 1 MedBG erfüllt und dass die Übergangsbestimmungen zur Teilrevision des MedBG (Art. 65 Abs. 1 bis sowie Art. 67a Abs. 1 MedBG) vorliegend nicht anwendbar sind, da der Beschwerdeführer nie über eine BAB im Kanton Bern verfügte (vgl. Art. 15 GesG i.V.m. Art. 2 GesV). Unbestritten ist ebenfalls, dass der Beschwerdeführer über keinen eidgenössischen oder durch die MEBEKO anerkannten Weiterbildungstitel verfügt, weswegen ihm aufgrund von Art. 36 Abs. 2 MedBG grundsätzlich keine BAB ausgestellt werden kann. Fraglich

<sup>12</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220) <sup>13</sup> Botschaft zur Änderung des Medizinalberufegesetzes (MedBG) vom 3. Juli 2013, BBl 2013 6205, Ziff. 2, S. 6213 (fortan: Botschaft MedBG 2013) <sup>14</sup> Botschaft MedBG 2013, a.a.O., Ziff. 1.2.2, S. 6210 <sup>15</sup> Informationsschreiben des Bundesamtes für Gesundheit an die Kantone vom 19. Oktober 2017 <sup>16</sup> Zum Ganzen: Botschaft MedBG 2004, a.a.O., zu Art. 36, S. 226 <sup>17</sup> Vgl. Botschaft MedBG 2004, a.a.O., zu Art. 36, S. 227 <sup>18</sup> Verordnung vom 27. Juni 2007 über Diplome, Ausbildung, Weiterbildung und Berufsausübung in den universitären

Medizinalberufen (Medizinalberufeverordnung, MedBV; 811.112.0)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

9/21 ist hingegeben, ob ein Weiterbildungsnachweis i.S.v. Art. 36 Abs. 2 MedBG auch von EU-Bürgern in der Schweiz gefordert werden darf oder ob Art. 36 Abs. 2 MedBG dem FZA widerspricht. 3.2.2 Vorrang des Völkerrechts Gemäss Art. 190 BV<sup>19</sup> sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden Bundesgesetze und Völkerrecht massgebend. Sodann haben der Bund und die Kantone nach Art. 5 Abs. 4 BV das Völkerrecht zu beachten. Weder Art. 190 BV noch Art. 5 Abs. 4 BV stellen eine Rangordnung zwischen Normen des internationalen Rechts und dem innerstaatlichen Recht auf.<sup>20</sup> Innerstaatliches Recht ist soweit möglich völkerrechtskonform auszulegen.<sup>21</sup> Gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung geht Völkerrecht dem widersprechenden innerstaatlichen Recht in der Rechtsanwendung grundsätzlich vor.<sup>22</sup> Direkt anwendbare Normen des FZA gehen nach bundesgerichtlicher Praxis neuerem Gesetzesrecht vor.<sup>23</sup> Die in der RL 2005/36/EG enthaltenen Anerkennungsmechanismen und Regeln sind hinreichend bestimmt und klar, um als Grundlage für den Entscheid im Einzelfall zu dienen, weshalb sie direkt anwendbar sind.<sup>24</sup> Der Vorrang des FZA gegenüber den allenfalls in Widerspruch stehenden bzw. strengeren Bestimmungen des MedBG ergibt sich ohne Weiteres aus Art. 190 BV. Ebenso ist die Anerkennung nach den Bestimmungen internationaler Abkommen ausdrücklich im MedBG vorgesehen (Art. 15 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 MedBG; Art. 4 Abs. 1 Bst. a MedBV). Fällt dieser Sachverhalt in den Geltungsbereich des FZA, kommen die Anerkennungsmechanismen und die direkt anwendbaren Bestimmungen der RL 2005/36 zur Anwendung (vgl. auch Art. 12 FZA e contrario).<sup>25</sup> 3.2.3 FZA Das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene FZA hat unter anderem zum Ziel, den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) und der Schweiz ein Recht auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständige einzuräumen (Art. 1 Bst. a FZA). Nach Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden.<sup>26</sup> Art. 9 FZA bestimmt in diesem Zusammenhang, dass die Vertragsstaaten alle erforderlichen Massnahmen gemäss Anhang III des FZA für die gegenseitige Anerkennung von Diplomen und Zeugnissen treffen, um den Staatsangehörigen der Vertragsparteien den Zugang zur unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeit zu erleichtern. Die Vertragsstaaten, darunter die Schweiz, haben sich

19 Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) 20 BVGer B-5372/2015, a.a.O., E. 5.4; vgl. BGE 136 II 241 E. 16.1 21 Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 127 f. 22 BGE 142 II 35 E. 3.2 (mit Hinweisen) 23 BGE 133 V 367 E. 11.4 ff. 24 Art. 9 und 16 Abs. 2 FZA; BVGer B-5372/2015, a.a.O., E. 5.4 (mit Hinweisen) 25 BVGer B-5372/2015, a.a.O., E. 5.4 26 Statt vieler: BGE 140 II 364 E. 6.1 S. 374 f.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

10/21 in Anhang III des FZA verpflichtet, Diplome, Zeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise gemäss den darin für anwendbar erklärten Rechtsakten der EU anzuerkennen (Ziff. 1 vor Abschnitt A Anhang III des FZA).<sup>27</sup> 3.2.4 RL 2005/36/EG Mit den im Beschluss Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz vereinbarten

Spezifikationen wurde die RL 2005/36/EG als zwischen der Schweiz und der EU bzw. ihren Mitgliedstaaten für anwendbar erklärt (Art. 9 i.V.m. Abschnitt A Ziff. 1 Bst. a - c Anhang III des FZA).<sup>28</sup> Gemäss Art. 2 Abs. 1 RL 2005/36/EG regelt die Richtlinie die Voraussetzungen für die Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen, soweit die Ausübung einer Tätigkeit im Aufnahmestaat reglementiert ist. Art. 13 Abs. 1 RL 2005/36/EG). Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a und c RL 2005/36 gilt eine Tätigkeit als reglementierte berufliche Tätigkeit, wenn deren Aufnahme oder Ausübung in einem Vertragsstaat direkt oder indirekt durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften an den Besitz eines Ausbildungs- oder Befähigungsnachweises bzw. Diploms gebunden ist. Da für die Tätigkeit als Apothekerin und Apotheker in eigener fachlicher Verantwortung eine BAB benötigt wird (Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. d MedBG sowie Art. 2 Abs. 1 Bst. c GesV), handelt es sich hierbei unstreitig um einen reglementierten Beruf im Sinn der Richtlinie 2005/36/EG, weshalb sich Ausbildung, Anerkennung des Ausbildungsnachweises und Ausübung der Tätigkeit nach Art. 21-23 und Art. 44 f. der Richtlinie richten.<sup>29</sup>

### 3.2.5 Anwendbarkeit des FZA und der RL 2005/36/EG

Der Beschwerdeführer rügt hauptsächlich die Verletzung von Staatsvertragsrecht (Verstoss von Art. 36 Abs. 2 MedBG gegen das FZA und die RL 2005/36/EG). Der Beschwerdeführer ist deutscher Staatsbürger und ist im Besitz einer Approbationsurkunde der Apothekerkammer B. \_\_\_ vom 17. März 2015.<sup>30</sup> Die Approbation als Apotheker wurde am 4. April 2018 von der MEBEKO anerkannt.<sup>31</sup> Es handelt sich somit nicht um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt, sondern vielmehr einen grenzüberschreitenden Sachverhalt mit Auslandbezug. Die Bundesrepublik Deutschland ist ebenso wie die Schweiz und die EU Vertragspartei des FZA. Das FZA kommt daher vorliegend zur Anwendung,<sup>32</sup> ebenso wie die RL 2005/36/EG.

### 3.2.6 Voraussetzungen der Anerkennung des Apothekerberufes nach RL 2005/36/EG Kapitel I der Richtlinie (Art. 10 bis 15 RL 2005/36/EG)

enthält eine allgemeine Regelung für die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen. Art. 10 RL 2005/36/EG schränkt die allgemeine Regelung für

27 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) B-5372/2015 vom 4. April 2017 E. 5.3.1 (mit Hinweisen) 28 BVGer B-5372/2015, a.a.O., E. 5.3.1 29 Urteil VGer-BE 100.2019.334U E. 3.2 30 Vgl. Beschwerdebeilage 3 31 Vgl. Beschwerdebeilage 4 32 Vgl. BVGer B-5372/2015, a.a.O., E. 5.5.2, mit Hinweisen

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

11/21 die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen (Kapitel I) dahingehend ein, als dass sie nur auf die Berufe anwendbar ist, die nicht von den Kapiteln II und III erfasst werden. Der Beruf des Apothekers gehört zu einem in Kapitel III erfassten Beruf (Art. 44 f. RL 2005/36), weshalb die allgemeinen Anerkennungsregeln nach Art. 10 bis 15 RL 2005/36 nur ausnahmsweise zur Anwendung kommen (Art. 10 RL 2005/36). Demnach richtet sich die Anerkennung einer Apothekerausbildung nach den Mindestanforderungen von Art. 44 RL 2005/36.<sup>33</sup> Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36/EG bestimmt, welche Tätigkeiten eine Person mit einem anerkannten Ausbildungsnachweis als Apothekerin bzw. Apotheker im Aufnahmestaat mindestens ausüben darf. Dieses Mindesttätigkeitsfeld muss Inhaberinnen bzw. Inhabern eines Ausbildungsnachweises grundsätzlich in allen Vertragsstaaten zugänglich sein. Mithin müssen dem Inhaber eines anerkannten pharmazeutischen Ausbildungsnachweises die in Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36 umschriebenen Tätigkeiten erlaubt werden. Diese Tätigkeiten stellen ein Mindesttätigkeitsfeld dar; was darüber hinaus

geht, kann grundsätzlich an weitere Erfordernisse geknüpft werden (Erwägungsgrund 25 RL 2005/36).<sup>34</sup> Demnach steht es den Vertragsstaaten frei, zusätzliche Ausbildungsanforderungen an die Aufnahme von weitergehenden Tätigkeiten zu knüpfen. Dies gilt auch für Inhaberinnen und Inhaber eines Aus- bildungsnachweises, der gemäss Richtlinie automatisch anerkannt wird.<sup>35</sup> Gemäss dem Wortlaut von Art. 45 Abs. 3 RL 2005/36 kann als einziges zusätzliches Erfordernis von den Mitgliedstaaten eine ergänzende Berufserfahrung gefordert werden.<sup>36</sup> Eine Weiterbildung ent- spricht allerdings nicht der Legaldefinition der Berufserfahrung gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. f RL 2005/36:<sup>37</sup> Gemäss der Begriffsumschreibung in Art. 3 Abs. 1 Bst. f der Richtlinie handelt es sich bei der Berufserfahrung (bloss) um die «tatsächliche und rechtmässige Ausübung des betreffenden Berufs» und nicht um eine Weiterbildung. Daher kann das Erlangen eines Weiterbildungstitels im Sinn von Art. 36 Abs. 2 MedBG nicht gestützt auf Art. 45 Abs. 3 RL 2005/36 verlangt werden.<sup>38</sup> Aus dem Wortlaut von Art. 45 RL 2005/36 geht nicht hervor, ob die aufgezählten Tätigkeiten in «ei- gener fachlicher Verantwortung» ausgeführt werden dürfen, oder ob damit nur gewährleistet werden soll, dass die Tätigkeiten in einem untergeordneten Anstellungsverhältnis ausgeführt werden dür- fen.<sup>39</sup> Zählt die Tätigkeit als Apothekerin bzw. Apotheker in eigener fachlicher Verantwortung zum Mindesttätigkeitsfeld gemäss Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie, widerspricht das zusätzliche Erfordernis eines Weiterbildungstitels Anhang III bzw. Art. 9 FZA. Daher ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die selbständige Tätigkeit als Apothekerin bzw. Apotheker in eigener fachlicher Verantwortung zum

33 Vgl. auch Urteil des Berner Verwaltungsgerichts (VGer-BE) 100.2019.334U E. 3.2 34 Vgl. Rumetsch/Poledna, Eidgenössischer Weiterbildungstitel im Apothekerbereich – Umsetzungsprobleme, in: Jus- letter 28. Januar 2019, Rz. 17 sowie Urteil des Berner Verwaltungsgerichts (VGer-BE) 100.2019.334U E. 3.2 35 Urteil VGer-BE 100.2019.334U E. 3.2; Erwägungsgrund 25 RL 2005/36 36 Vgl. Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 12 37 So auch Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 13 38 Urteil VGer-BE 100.2019.334U E. 3.4 39 Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 15

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

12/21 Mindesttätigkeitsfeld gemäss Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36 gehört.<sup>40</sup> Ist dies der Fall, widerspräche Art. 36 Abs. 2 MedBG der RL 2005/36 und dürfte nicht angewendet werden. Als Auslegungshilfe dienen zum einen die Erwägungsgründe der RL 2005/36: Erwägungsgrund 25 hält fest, dass der Ausbildungsnachweis des Apothekers diesem den Zugang zu einem Mindesttä- tigkeitsfeld gewähren soll und dass für die Aufnahme weiterer Tätigkeiten (d.h. ausserhalb des Min- desttätigkeitsfeldes) zusätzliche Ausbildungsanforderungen gestellt werden dürfen.<sup>41</sup> Erwägungs- grund 26 sieht u.a. vor, dass die Richtlinie nicht die Koordinierung aller Bedingungen für die Auf- nahme und die Ausübung der Tätigkeiten des Apothekers gewährleistet, und dass durch die Richt- linie keine Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten berührt werden, die Gesell- schaften die Ausübung bestimmter Tätigkeiten des Apothekers verbieten oder ihnen für die Aus- übung solcher Tätigkeiten bestimmte Auflagen machen. Zum anderen ist für das Verständnis des FZA und damit auch der Richtlinie 2005/36/EG die ein- schlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vor dem Zeitpunkt der Unter- zeichnung des Abkommens (21.6.1999) massgebend (Art. 16 Abs. 2 FZA); später ergangene Urteile sind bei der Auslegung ebenfalls zu berücksichtigen. Das Bundesgericht weicht für die Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen von

Urteilen des EuGH nur bei Vorliegen triftiger Gründe ab.<sup>42</sup> Im vorliegenden Zusammenhang ist die europäische Praxis betreffend Zulassung zum Betrieb von Apotheken zu beachten. Gemäss Rechtsprechung des EuGH regelt die Richtlinie 2005/36/EG den Kreis der Personen nicht, die zum Betrieb einer Apotheke berechtigt sind; deshalb darf die Betätigung als Inhaberin bzw. Inhaber einer Apotheke sowie die Errichtung einer solchen von der nationalen Regelung an weitere Ausbildungserfordernisse geknüpft werden.<sup>43</sup> Mit- hin besteht im europäischen Binnenmarkt für einen wesentlichen Aspekt der Berufstätigkeit in eigener fachlicher Verantwortung gerade keine Verpflichtung zur vorbehaltlosen Zulassung ausländischer Apothekerinnen und Apotheker. Gemäss Art. 21 Abs. 4 der Richtlinie 2005/36/EG sind die Vertragsstaaten denn auch nicht verpflichtet, anerkannte Ausbildungsnachweise für die Errichtung von neuen, der Öffentlichkeit zugänglichen Apotheken zuzulassen, sondern dürfen dafür ausdrücklich zusätzliche Voraussetzungen aufstellen. Insbesondere die geografische Verteilung der Apotheken und das Abgabemonopol für Arzneimittel fallen weiterhin in die Regelungszuständigkeit der Vertragsstaaten (vgl. Erwägungsgrund 26). Weiter ist anzunehmen, dass ein ausdrücklicher Hinweis in Art. 45 Abs. 2 aufgenommen worden wäre, wonach Apothekerinnen und Apotheker im Bereich des Mindesttätigkeitsfelds in eigener fachlicher Verantwortung bzw. selbständig tätig sein dürfen,

40 Vgl. auch Urteil VGer-BE 100.2019.334U E. 3.4 41 Hierzu und zum Folgenden: Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 16 42 Urteil VGer-BE 100.2019.334U E. 3.4, mit Hinweisen auf BGE 142 II 35 E. 3.1, 140 II 112 E. 3.2 43 Urteil VGer-BE 100.2019.334U E. 3.4, mit Hinweisen auf EuGH C-171/07 und C-172/07 vom 19.5.2009, Apothekerkammer des Saarlandes u.a., Ziff. 20, C-531/06 vom 19.5.2009, Kommission gegen Italien, Ziff. 37; Rumetsch/Poledna, Eidgenössischer Weiterbildungstitel im Apothekerbereich - Umsetzungsprobleme, in Jusletter vom 28.1.2019, Rz. 17

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

13/21 wenn dies Teil der Regelung sein sollte. Angesichts der zentralen Bedeutung des Mindesttätigkeitsfelds und des bewussten Zulassens von höheren Ausbildungsanforderungen für Tätigkeiten, die darüber hinausgehen (vgl. Erwägungsgrund 25), spricht das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung dagegen, dass die Betätigung in eigener fachlicher Verantwortung zum Mindesttätigkeitsfeld nach Art. 45 Abs. 2 zählt. Da die Richtlinie 2005/36/EG die Freizügigkeit sowohl der selbständigen als auch der «abhängigen» Berufsausübung fördern will (Erwägungsgrund 1), entspricht ein solches Verständnis des Mindesttätigkeitsfelds durchaus Sinn und Zweck der Richtlinie. Im Übrigen ist im Rahmen der Richtlinie nicht nur als «Apothekerin» bzw. «Apotheker» zu bezeichnen, wer den Beruf selbständig ausübt. Die Richtlinie verzichtet auf eine Definition des Berufs und hält fest, dass die Berufsbezeichnung ungeachtet der unterschiedlichen nationalen Vorschriften für diese Tätigkeit zu verwenden ist (Erwägungsgrund 24).<sup>44</sup> Daraus folgt, dass der blosse Ausbildungsnachweis lediglich den Zugang zum Mindesttätigkeitsfeld von Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36 garantiert und sowohl die Tätigkeit als Apothekeninhaber bzw. die Neuerrichtung einer Apotheke wie auch die berufliche Ausübung in eigener fachlicher Verantwortung über das Mindesttätigkeitsfeld von Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36 hinausgehen. Daher muss es zulässig sein, für Tätigkeiten, die über das Mindesttätigkeitsfeld hinausgehen, weitere Voraussetzungen wie einen Weiterbildungstitel vorzusehen. Für diese Interpretation spricht ebenfalls, dass mit der Erteilung der BAB deren Inhaber nicht nur das Recht Heilmittel herzustellen und

abzugeben erhält, sondern auch das Recht, eine Apotheke zu leiten. Letzteres darf gemäss den obenstehenden Erwägungen an zusätzliche Ausbildungsanforderungen geknüpft werden.<sup>45</sup> Aus diesen Gründen stellt das Weiterbildungsobligatorium von Art. 36 Abs. 2 MedBG Personen aus der EU mit einem entsprechenden Ausbildungsnachweis nicht schlechter als inländische Personen mit demselben Ausbildungstitel: Beiden ist die Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung ohne Weiterbildungstitel bzw. BAB nicht gestattet. Die Ausübung der gemäss Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36 zu gewährenden Tätigkeiten wird durch das Weiterbildungsobligatorium ebenso wenig verhindert. Da die eigenverantwortliche Ausübung des Berufs als Apothekers nicht zum Mindesttätigkeitsfeld von Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36 gehört, liegt kein Verstoss gegen übergeordnetes Recht vor und Art. 36 Abs. 2 MedBG ist anzuwenden, d.h. die Bewilligung zur Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung wird nur erteilt, wenn der Beschwerdeführer über einen eidgenössischen oder anerkannten ausländischen Weiterbildungstitel verfügt.

### 3.2.7 Innerstaatliche Umsetzung

Die erforderlichen Massnahmen zur gegenseitigen Anerkennung von ausländischen Diplomen, Zeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen wurden in Art. 15 bzw. Art. 21 MedBG und Art. 2 Abs. 1

44 Urteil VGer-BE 100.2019.334U E. 3.4, mit Hinweisen 45 Vgl. auch Urteil VGer-BE 100.2019.334U E. 3.4 letzter Satz

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

14/21 Bst. e i.V.m. Anhang 3a MedBV umgesetzt. Nach Art. 21 MedBG wird ein ausländischer Weiterbildungstitel anerkannt, sofern seine Gleichwertigkeit mit einem eidgenössischen Weiterbildungstitel in einem Vertrag über die gegenseitige Anerkennung mit dem betreffenden Staat vorgesehen ist (vorliegend in der RL 2005/36/EG). Da der Beschwerdeführer jedoch unbestrittenermassen nicht im Besitz eines ausländischen Weiterbildungstitels ist, muss an dieser Stelle nicht vertieft auf die Anerkennung ausländischer Weiterbildungstitel eingegangen werden. Für den Beschwerdeführer gelten demnach dieselben Voraussetzungen wie für inländische Apotheker ohne Weiterbildungstitel und BAB.

### 3.2.8 Würdigung der einzelnen Rügen

#### 3.2.7.1 Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, als einzige zusätzliche Anerkennungsvoraussetzung dürfe nur die Berufserfahrung von gleicher Dauer wie der Weiterbildungstitel verlangt werden. Dazu ist Folgendes festzuhalten: Gestützt auf Art. 45 Abs. 3 RL 2005/36 kann als einziges zusätzliches Erfordernis von den Mitgliedstaaten die ergänzende Berufserfahrung gefordert werden. Art. 45 RL 2005/36 bezieht sich jedoch nur auf «Tätigkeiten im Mindesttätigkeitsfeld von Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36» (vgl. Erwägung 3.2.5 hievor). Dazu gehören nach dem Gesagten lediglich Tätigkeiten «in einem untergeordneten Anstellungsverhältnis». Die Schweiz setzt für die Ausübung solcher (unselbständigen) Tätigkeiten keine zusätzliche Berufserfahrung voraus. Demgegenüber gehört die Tätigkeit in «eigener fachlicher Verantwortung», wie sie der Beschwerdeführer ausüben möchte, nicht zum Mindesttätigkeitsfeld von Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36. Für über das Mindesttätigkeitsfeld von Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36/EG hinausgehende Tätigkeiten wie die Führung einer Apotheke und die privatwirtschaftliche Ausübung des Apothekerberufs in eigener fachlicher Verantwortung können die Vertragsstaaten (wie in Erwägung 3.2.5 hievor abgehandelt) zusätzliche, über Art. 45 Abs. 3 RL 2005/36/EG hinausgehende Ausbildungsanforderungen schaffen. Die Schweiz sieht dementsprechend für die eigenverantwortliche Ausübung des Berufs als Apothekers in Art. 36 Abs. 2 MedBG

eine zusätzliche Anforderung in Form eines Weiterbildungstitels vor. 3.2.7.2 Der Beschwerdeführer bringt sodann vor, er habe die in Art. 45 der RL 2005/36/EG verlangte zusätzliche Berufserfahrung in der gleichen Zeitdauer, wie sie für den Weiterbildungstitel in der Schweiz vorgeschrieben werde, im Herkunftsland erworben. Im Entscheid Nr. 2019.GEF.248 habe der Gesuchsteller zudem nicht über eine langjährige Berufspraxis in Deutschland verfügt. Deshalb habe er nicht alle Voraussetzungen erfüllt und sich auch nicht auf Art. 45 Abs. 3 der RL 2005/36/EG berufen können. Beim Beschwerdeführer liege der Fall anders: Er habe mehr als fünf Jahre Vollzeit- Berufserfahrung als Apotheker in Deutschland und erfülle deshalb auch die zusätzliche Voraussetzungen der Berufserfahrung.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

15/21 Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Der gemäss Art. 36 Abs. 2 MedBG vorausgesetzte Weiterbildungstitel kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht mit dem Erfordernis der «zusätzlichen Berufserfahrung» gemäss Art. 45 Abs. 3 der RL 2005/36/EG gleichgesetzt werden:<sup>46</sup> Weiterbildung ist keine ergänzende Berufserfahrung, sondern unterscheidet sich vielmehr deutlich von der reinen Berufserfahrung bzw. geht erheblich über diese hinaus: Nach der Legaldefinition des Art. 3 Bst. f der RL 2005/36/EG ist «Berufserfahrung» die tatsächliche und rechtmässige Ausübung des betreffenden Berufs in einem Mitgliedstaat. Formliche Weiterbildung im Sinne des MedBG erfordert demgegenüber grundsätzlich das Absolvieren eines Weiterbildungsganges, wie etwa Offizinpharmazie oder Spitalpharmazie. Das müsste in einer anerkannten Weiterbildungsstätte mit entsprechenden strukturierten und unstrukturierten Anteilen nach den Vorgaben der Weiterbildungsordnung erfolgen. «Strukturiert» im Sinne von didaktischen Aktivitäten, die in der Weiterbildungsordnung und/oder den Weiterbildungsprogrammen gefordert werden. «Unstrukturiert» im Sinne des Lernens während des Arbeitsprozesses, insbesondere mit der beaufsichtigten Vornahme bestimmter Tätigkeiten bzw. mit Handlungen unter Anweisungen und Erläuterungen während des Arbeitsprozesses. Am Ende der Weiterbildung steht zudem eine Prüfung. Diese Anforderungen unterscheiden sich deutlich von «bloßer» Berufserfahrung im Sinne der Legaldefinition des Art. 3 Bst. f der RL 2005/36/EG.<sup>47</sup> Berufserfahrung kann somit den Weiterbildungstitel nicht ersetzen. Daher reicht es nicht, dass der Beschwerdeführer unbestrittenermassen über fünf Jahre Berufserfahrung mitbringt und über einen anerkannten Ausbildungsnachweis verfügt bzw. mehr Berufserfahrung hat als der Beschwerdeführer im Verfahren 2019.GEF.248. Der Beschwerdeführer muss trotz seiner Berufserfahrung über einen Weiterbildungstitel verfügen, damit er in der Schweiz in eigener Verantwortung als Apotheker tätig sein kann. 3.2.7.3 Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, Art. 13 FZA verbiete die Einführung neuer Beschränkungen für Staatsangehörige anderer Vertragsstaaten nach Abschluss des Abkommens. Der Weiterbildungstitel für Apotheker werde seit dem 1. Januar 2018 verlangt (Art. 36 Abs. 2 MedBG), somit lange nach dem Inkrafttreten des FZA am 1. Juni 2002. Gemäss Art. 13 FZA verpflichteten sich die Vertragsparteien, in den unter dieses Abkommen fallenden Bereichen keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei einzuführen. Wie aus dem klaren Wortlaut hervorgeht, beschränkt sich dieser Stillstand ausschliesslich auf den Bereich des Abkommens und schliesst Rechtsentwicklungen auf anderen Gebieten nicht aus. Die entsprechende Pflicht geht zudem nicht weiter als das Verbot der indirekten Diskriminierung.<sup>48</sup> Während eine offene oder direkte (formelle) Diskriminierung jede Unterscheidung, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellt, beinhaltet (vgl. Art. 2

FZA), liegt eine versteckte oder indirekte (materielle) Diskriminierung vor, wenn eine benachteiligende Regelung an ein anderes Kriterium als die Staatsan- gehörigkeit anknüpft, aber in ihren Auswirkungen zum gleichen Ergebnis führt, ohne dass dies durch

46 Vgl. Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 13 47 Vgl. Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 13, Urteil VGer-BE 100.2019.334U E. 3.4 48 BGer 2P.305/2002 vom 27. November 2003, E. 3.3.3.6

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

16/21 objektive Umstände gerechtfertigt wäre.<sup>49</sup> Das Weiterbildungsobligatorium gemäss Art. 36 Abs. 2 MedBG gilt nicht nur für EU-Staatsangehörige, sondern gleichermassen für Schweizer Bürgerinnen und Bürger. Die Einführung eines Weiterbildungsobligatoriums nach Inkrafttreten des FZA hat somit weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung von EU-Staatsangehörigen zur Folge. Art. 9 FZA bestimmt, dass die Vertragsstaaten alle erforderlichen Massnahmen für die gegenseitige Anerkennung von Diplomen und Zeugnissen treffen, um den Staatsangehörigen der Vertragsparteien den Zugang zur unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeit zu erleichtern (Art. 9 FZA). Die RL 2005/36/EG regelt die Voraussetzungen für die Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und sons- tigen Befähigungsnachweisen zwischen der Schweiz und der EU bzw. ihre Mitgliedstaaten. Art. 13 FZA darf daher nicht für sich allein, sondern muss zusammen mit der RL 2005/36/EG betrachtet und ausgelegt werden. Art. 13 FZA kann mithin nur für Tätigkeiten gelten, die von der RL 2005/36/EG erfasst sind. Wie oben ausgeführt, wird die Tätigkeit als Apotheker in eigener fachlicher Verantwortung nicht vom Mindesttätigkeitsfeld von Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36/EG umfasst. Damit gilt das Verbot der Einführung neuer Beschränkungen gemäss Art. 13 FZA ebenfalls nur hinsichtlich der mit dem Min- desttätigkeitsfeld gemäss Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36/EG garantierten Tätigkeiten. Der Anwendungs- bereich von Art. 13 FZA wird gar nicht durch das Weiterbildungsobligatorium gemäss Art. 36 Abs. 2 MedBG tangiert. Das Weiterbildungsobligatorium für eigenverantwortlich tätige Apotheker gemäss Art. 36 Abs. 2 MedBG ist somit keine neue Beschränkung im Sinne von Art. 13 FZA und widerspricht dem FZA nicht. 3.2.7.4 Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, in der im Entscheid Nr. 2019.GEF.248 zitierten Publikation von Rumetsch/Poledna werde zum Schluss erwähnt, dass von Gesuchstellern mit einem eidgenössisch anerkannten ausländischen Diplom für die fachlich selbständige Berufsaus- übung als Apotheker in der Schweiz kein Weiterbildungstitel verlangt werden könne. Sollten dadurch Schweizer Apotheker benachteiligt sein, müsste das schweizerische Recht angepasst werden. Rumetsch/Poledna kommen zu folgendem Schluss: «Zusammenfassend ist ersichtlich, dass für fachlich selbständig, aber ohne Führungsverantwortung tätige Apothekerinnen und Apotheker mit einer dem FZA entsprechenden Ausbildung kein eidgenös- sischer oder als gleichwertig anerkannter ausländischer Weiterbildungsausweis verlangt werden kann. Ob der Weiterbildungsausweis bei angestellten Apothekerinnen und Apothekern mit einer Führungs- verantwortung oder bei rechtlich selbständiger Tätigkeit verlangt werden kann, ist nicht eindeutig. Würde man vertreten, dass Absolventen aus Mitgliedstaaten der EU aufgrund von Art. 45 RL 2005/36/EG besser gestellt werden als Schweizer Absolventen eines Pharmaziestudiums, wäre dies «lediglich» eine bedauerliche Inländerdiskriminierung, da Inländer, für die innerhalb ihres Staates das

49 Vgl. dazu auch BGer 2P.305/2002 vom 27. November 2003, E. 3.2.3, mit Hinweisen

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

17/21 Gemeinschaftsrecht mangels grenzüberschreitenden Sachverhalts keine Anwendung findet, gegen- über Unionsbürgern, die in einem Mitgliedstaat deswegen, weil das Gemeinschaftsrecht für sie an- wendbar ist, benachteiligt wären. Dies würde nicht etwa zur Unwirksamkeit der Regelung führen. Es ist vielmehr Sache des jeweiligen Landes, die Inländerdiskriminierung zu beseitigen, indem sie die Anforderungen für Inländer an das europäische Niveau anpasst.»<sup>50</sup> Rumetsch/Poledna lassen somit die vorliegend relevante Frage, ob ein Weiterbildungsnachweis bei rechtlich selbständiger Tätigkeit verlangt werden kann, offen. Eine Inländerdiskriminierung wäre ledig- lich denkbar, wenn das Weiterbildungsobligatorium nur für Absolventen bzw. Absolventinnen eines Pharmaziestudiums aus der Schweiz, nicht aber aus Mitgliedstaaten der EU gelten würde. Die vorlie- gend vertretene Auffassung, wonach das Weiterbildungsobligatorium für Absolventen bzw. Absolven- tinnen eines Pharmaziestudiums sowohl aus der Schweiz als auch aus Mitgliedstaaten der EU gilt, hat keine Diskriminierung weder von Schweizerinnen und Schweizern noch von EU-Staatsangehörigen zur Folge, weswegen sich die Frage nach einer Beseitigung der Diskriminierung durch Anpassung der inländischen Rechtsgrundlagen gar nicht stellt.

### 3.3 Wirtschaftsfreiheit

#### 3.3.1 Argumentation der Verfahrensbeteiligten

Der Beschwerdeführer argumentiert, die Abweisung des Gesuchs für eine BAB als Apotheker in eige- ner fachlicher Verantwortung verletze seine Wirtschaftsfreiheit. Im zitierten Entscheid Nr. 2019.GEF.248 sei die GSI zum Schluss gekommen, die Wirtschaftsfreiheit des betreffenden Be- schwerdeführers sei nicht verletzt, weil ein öffentliches Interesse daran bestehe, dass nur Apotheker mit zusätzlich erworbenen Kenntnissen ihren Beruf fachlich selbständig ausüben dürften. Damit werde die Qualität der Versorgung erhöht und die Patienten besser geschützt. Der Beschwerdeführer in die- sem Entscheid habe jedoch nicht über zusätzliche Berufserfahrung verfügt. Bei ihm liege der Fall an- ders: Er verfüge über mehr als fünf Jahre Vollzeit-Berufserfahrung, davon fünf Monate als Filialleiter. Er verfüge somit bereits über die mit dem Weiterbildungstitel verlangten zusätzlich erworbenen Kennt- nisse. Deshalb sei es nicht erforderlich, dass in seinem Fall noch mehr Kenntnisse verlangt würden. Die Abweisung verletze daher die Wirtschaftsfreiheit.<sup>51</sup>

50 Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 23 f. 51 Beschwerde vom 2. Dezember 2019, S. 3 Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

#### 3.3.2 Rechtliche Grundlagen

Die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit findet sich in Art. 27 BV resp. Art. 23 KV52 und umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Er- werbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Unter dem sachlichen Schutzbereich von Art. 27 BV steht nach bundesgerichtlicher Praxis jede gewerbsmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient.<sup>53</sup> Ein Eingriff ist nur zulässig, wenn er die Voraussetzungen zur Einschränkung von Grundrechten erfüllt (Art. 36 Abs. 1-3 BV). Er muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (Art. 36 Abs. 1 BV), durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (Art. 36 Abs. 2 BV) und verhältnismässig, d.h. zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sowie für die betroffene Person zumutbar sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV). Die Einführung einer Bewilligungs- und Weiterbildungspflicht für die Ausübung einer privatwirtschaftli- chen Erwerbstätigkeit fällt klarerweise in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und stellt einen schweren Eingriff dar.<sup>54</sup> Dieser Eingriff darf nur so weit

gehen, als dies zur Sicherstellung der Ziele des MedBG, namentlich zum Schutz der öffentlichen Gesundheit notwendig ist.<sup>55</sup> Der Bund kann gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV Vorschriften über die Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbs- bzw. Geschäftstätigkeit erlassen. Schwere Eingriffe in Freiheitsrechte bedürfen einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz (Art. 36 Abs. 1 2. Satz BV).<sup>56</sup> 3.3.3 Würdigung Das Weiterbildungsobligatorium beruht auf einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 2 MedBG) und liegt im öffentlichen Interesse, da es den Schutz der öffentlichen Gesundheit sicherstellen soll. Die Weiterbildungspflicht ist geeignet, das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen: Durch die zusätzlich erworbenen Kenntnisse wird die Qualität der Versorgung erhöht, wodurch die Patientinnen und Patienten besser geschützt werden. Das Gesundheitssystem als Ganzes erfährt dadurch ebenfalls eine Qualitätssteigerung. Ein milderer, gleich geeignetes Mittel zur Zielerreichung ist nicht ersichtlich. Was das Argument des Beschwerdeführers betrifft, eine Weiterbildung sei in seinem Fall nicht erforderlich, da er bereits eine über fünfjährigen Vollzeit-Berufserfahrung vorweisen könne, ist Folgendes festzuhalten: Die vorliegend relevante Rechtsgrundlage Art. 36 Abs. 2 MedBG verlangt ausdrücklich

52 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1) 53 BGE 132 I 282 E 3.2 S. 287 54 Botschaft MedBG 2013, a.a.O., S. 6214 55 Botschaft MedBG 2013, a.a.O., S. 6214 56 BGE 139 I 280 E. 5.1 S. 284; BGE 137 II 371 E. 6.2 S. 381; BGE 130 I 65 E. 3.3 S. 68

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

19/21 einen «eidgenössischen Weiterbildungstitel». Darunter fallen gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. e und Anhang 3a MedBV die Weiterbildung in Offizinpharmazie, welche zwei Jahre dauert, oder die Weiterbildung in Spitalpharmazie, welche drei Jahre dauert. Selbst mehrjährige Berufserfahrung vermag den ausdrücklich verlangten «eidgenössischen Weiterbildungstitel» nicht zu ersetzen (vgl. Erwägung 3.2.7.2). Die Absolvierung der berufsbegleitenden Weiterbildung erweist sich zudem als zumutbar. Da einzig für die Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung eine Weiterbildungspflicht besteht, wird schliesslich auch der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit gewahrt. Damit bildet das Weiterbildungserfordernis grundsätzlich einen zulässigen Eingriff gemäss den Voraussetzungen von Art. 36 BV in die in Art. 27 BV und Art. 23 KV garantierte Wirtschaftsfreiheit. 4. Ergebnis Das Weiterbildungsobligatorium gemäss Art. 36 Abs. 2 MedBG verstösst demnach weder gegen das FZA noch die RL 2005/36/EG noch verletzt es die Wirtschaftsfreiheit. Die Beschwerde vom 2. Dezember 2019 ist daher abzuweisen. 5. Kosten 5.1 Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese beträgt für Entscheide in Verwaltungsjustizsachen CHF 200.00 bis 4'000.00 (Art. 103 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 GebV<sup>57</sup>). Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Behörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Anderen Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Vorliegend unterliegt der Beschwerdeführer vollumfänglich. Die Verfahrenskosten, pauschal festgesetzt auf CHF 1'200.00, sind daher dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. 5.2 Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht

de- ren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wetttschla- gung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand. Die Bemessung des Parteikostenersatzes richtet sich nach den Vorschriften der Anwaltsgesetzgebung (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

57 Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

20/21 Verwaltungsbehörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG, d.h. Organe des Kantons, seiner An- stalten und seiner Körperschaften, haben im Beschwerdeverfahren keinen Anspruch auf Parteikos- tenersatz (Art. 104 Abs. 3 VRPG). Der obsiegenden Vorinstanz ist daher kein Parteikostenersatz zu sprechen.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26785

21/21 III. Entscheid 1. Die Beschwerde vom 2. Dezember 2019 wird abgewiesen. 2. Die Verfahrenskosten, festgelegt auf CHF 1'200.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwach- sen ist. 3. Parteikosten werden keine gesprochen. IV. Eröffnung ■ Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_, z. Hd. des Beschwerdeführers, per Einschreiben ■ Vorinstanz, mit Eingabe von RA Z.\_\_\_\_ vom 15. Februar 2021, per Kurier

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion Pierre Alain Schnegg Regierungspräsident

Rechtsmittelbelehrung Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Ver- waltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten wer- den. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 2 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Ent- scheid und greifbare Beweismittel sind beizulegen.

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