

BE_WEITERE 2019.GEF.248 vom 17. September 2019

Be Weitere, 2019-09-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_weitere_2019.GEF.248

FR: BE_WEITERE 2019.GEF.248 du 17 septembre 2019

IT: BE_WEITERE 2019.GEF.248 del 17 settembre 2019

Regeste

Berufsausübungsbewilligung als Apotheker

Erwägungen

E. 1

Sachurteilsvoraussetzungen

E. 1.1

Angefochten ist das Schreiben der Vorinstanz vom 4. Januar 2019 mit dem Titel "Gesuch für eine Berufsausübungsbewilligung / Ablehnung". Es stellt sich die Frage, ob dieses Schreiben Verfügungsqualität aufweist.

E. 1.1.1

Das VRPG⁷ kennt keine Legaldefinition der Verfügung. Ob einem behördlichen Schreiben Verfügungsqualität zukommt, bestimmt sich allein danach, ob die inhaltlichen Strukturmerkmale gemäss Art. 5 VwVG⁸ vorliegen.⁹ Danach gilt als Verfügung die einseitige und verbindliche Anordnung einer Behörde, mit der ein Rechtsverhältnis gestützt auf öffentliches Recht geregelt wird. Werden durch eine Anordnung oder einen Beschluss einer Behörde keine individuellen Rechte oder Pflichten gestaltend oder feststellend geregelt bzw. werden keine Rechtsfolgen verbindlich festgelegt, mangelt es an einem wesentlichen Verfügungselement. In welche äussere Form eine Anordnung gekleidet und wie sie bezeichnet wird, spielt für ihre Qualifikation als Verfügung keine Rolle. Auch ein in Briefform gefasstes Schreiben kann eine Verfügung darstellen. Unerheblich für die Qualifikation ist ferner, ob eine schriftliche behördliche Äusserung alle Elemente einer Verfügung gemäss Art. 52 Abs. 1 VRPG erfüllt oder ob einzelne davon fehlen. Das Nichtbeachten von Formvorschriften seitens der verfügenden Behörde darf jedoch den Betroffenen nicht schaden. Als Grundsatz gilt gemäss Art. 44 Abs. 6 VRPG, dass aus mangelhafter, d.h. formfehlerhafter Eröffnung niemandem ein Rechtsnachteil erwachsen darf. Schwergewichtige Formfehler können die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge haben.¹⁰ Eine mangelhafte Begründung kann ferner im Kostenpunkt berücksichtigt werden.¹¹ Die einzelnen Formerfordernisse ergeben sich aus Art. 52 Abs. 1 VRPG. Danach muss eine Verfügung folgende Elemente enthalten: a. die Bezeichnung der verfügenden Behörde, b. die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe, auf die sie sich stützt,

⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) ⁸

Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren

(Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) ⁹ Vgl. Müller, Bernische

Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 2011, S. 109; BVR 2009/461 E. 3.3; BVR

2008/246 E. 1.5.2 ¹⁰ BVR 2013 S. 301 ff. E. 1.2; BVR 2011 S. 564 E. 2.3.1; BVR 2009 S.

458 ff. E. 3.3, VGE 23128 vom 14. Juli 2008, E. 3.2.2; VGE 22496 vom 27. Juni 2006, E. 2.2; BVR 2010 S. 557 E. 2.2; VGE 2010/86 vom 25. März 2010, E. 2.1; BGE 135 II 328 E. 2.1; BGE 131 II 13 E. 2.2; BGE 126 II 300 E. 1a; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, Art. 49 N. 8 f. und Art. 52 N. 1 ff. 11 Merkli/Aeschlinnann/Herzog, a.a.O., Art. 52 N.11, mit Hinweisen; BGer Urteil 6P.55/2001/6S.267/2001 vom 26.6.2001 E. Ia mit Hinweisen; BGE 133 I 270 E. 3.1; 129 I 232 E. 3.2

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 5 von 24

c. die Verfügungsformel und die Kostenregelung, d. den Hinweis auf das zulässige ordentliche Rechtsmittel mit Angabe von Frist und Instanz (Rechtsmittelbelehrung), e. die Adressatinnen oder Adressaten, f. das Datum und g. die Unterschrift; bei Massenverfügungen kann darauf verzichtet werden.

E. 1.1.2

Mit Schreiben vom 4. Januar 2019 lehnt die Vorinstanz gestützt auf öffentliches Recht (MedBG12) einseitig und verbindlich das Gesuch des Beschwerdeführers ab. Damit liegen die materiellen Strukturmerkmale einer Verfügung vor. Die Formerfordernisse einer Verfügung werden hingegen nicht alle erfüllt: So enthält das Schreiben keine eigentliche Verfügungsformel. Einzig aus dem Titel «Gesuch für eine Berufsausübungsbewilligung / Ablehnung» ist erkennbar, dass das Gesuch abgelehnt wird. Ausserdem fehlt die Rechtsmittelbelehrung. Hingegen liegt eine rudimentäre Begründung vor. Durch das Nichtbeachten der Formvorschriften ist dem Beschwerdeführer indessen kein Rechtsnachteil erwachsen. Er konnte die Verfügung fristgerecht anfechten. Ausserdem konnte er im Rahmen der Replik zu der nachgelieferten Begründung Stellung nehmen. Weil die Formfehler daher insgesamt nicht schwer wiegen bzw. geheilt werden konnten durch die Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs im vorliegenden Verfahren, kann dem Schreiben vom 4. Januar 2019 Verfügungsqualität zuerkannt werden. Die ursprüngliche Gehörsverletzung wird jedoch bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sein.

E. 1.2

Die Verfügung der Vorinstanz vom 4. Januar 2019 ist gemäss Art. 46 GesG13 und Art. 87 GesV14 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 OrV GEF und Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG bei der GEF als der in der Sache zuständigen Direktion anfechtbar. Somit ist die GEF zur Beurteilung der Beschwerde vom 14. Januar 2018 [recte: 2019] zuständig.

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ist als Adressat der Verfügung ohne Weiteres zur Beschwerdebefugung befugt (Art. 65 VRPG).

E. 1.4

Der Beschwerdeführer fordert angemessenen Schadensersatz für den Fall, dass sich die Einschränkung der Berufsrechte als unrechtmässig herausstellt und ihm dadurch ein wirtschaftlicher Schaden entsteht.

12 Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG; SR 811.11) 13 Gesundheitsgesetz vom 2. Dezember 1984 (GesG; BSG 811.01) 14 Verordnung vom 24. Oktober 2001 über die beruflichen Tätigkeiten im Gesundheitswesen (Gesundheitsverordnung, GesV; BSG 811.111)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 6 von 24

Die Forderung von Schadenersatz muss im Staatshaftungsverfahren nach Art. 100 ff. PG15 geltend gemacht werden. Gemäss Art. 104 Abs. 2 PG sind Begehren auf Schadenersatz oder Genugtuung der zuständigen Direktion schriftlich, begründet und im Doppel einzureichen. Auf die Schadenersatzforderung kann somit im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nicht eingetreten werden.

E. 1.5

Auf die ansonsten gemäss Art. 67 VRPG fristgerecht eingereichte und gemäss Art. 33 VRPG verbesserte Beschwerde ist einzutreten.

E. 1.6

Die GEF 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 GEF steht somit volle Kognition zu.

E. 2

Argumente der Verfahrensbeteiligten und Würdigung

E. 2.1

Vorbemerkungen und Streitgegenstand Mit Verfügung vom 4. Januar 2019 hat die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung einer BAB abgelehnt. Die Ablehnung stützt die Vorinstanz auf die Nichterfüllung der am 1. Januar 2018 eingeführten Weiterbildungspflicht im MedBG. ApothekerInnen mit einem von der MEBEKO anerkannten ausländischen Diplom seien den StudienabgängerInnen in der Schweiz ohne Weiterbildung gleichgestellt. Dementsprechend würden Apothekerinnen und Apotheker ohne Weiterbildung in der Schweiz oder einer durch die MEBEKO anerkannten Weiterbildung im Ausland keine BAB erhalten.¹⁶ Gegen die Verfügung vom 4. Januar 2019 erhob der Beschwerdeführer am 14. Januar 2019 Beschwerde bei der GEF (auf die Rügen wird unten einzeln eingegangen, Erw. 2.2 ff.). Umstritten und zu prüfen (Streitgegenstand) ist vorliegend die Rechtmässigkeit der Nichterteilung der BAB an den Beschwerdeführer. Insbesondere ist umstritten, ob dem Beschwerdeführer auch ohne Weiterbildungstitel eine Berufsausübungsbewilligung im Sinne von Art. 36 Abs. 2 MedBG zusteht. In der Sache ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer als Apotheker eine Medizinalperson im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. d MedBG ist und in der A.____, als unselbständiger Apotheker ohne kantonale BAB arbeitet. Ebenso ist unbestritten, dass seine deutsche Approbation als

¹⁵ Personalgesetz vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01) ¹⁶ Vgl. Verfügung «Gesuch für eine Berufsausübungsbewilligung / Ablehnung» vom 4. Januar 2019

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 7 von 24

Apotheker von der MEBEKO als gleichwertiges ausländisches Diplom in der Schweiz anerkannt wurde und dass er weder einen eidgenössischen Weiterbildungstitel innehat, noch über einen ausländischen Weiterbildungstitel verfügt.

E. 2.2

Bewilligungsvoraussetzungen

E. 2.2.1

Argumentation der Verfahrensbeteiligten Der Beschwerdeführer begründet seine Beschwerde vom 14. Januar 2019 u.a. damit, dass der Verweis auf Art. 5 Abs. 3 MedBG für die Ablehnung der BAB unwirksam bzw. unvollständig sei, solange im Verantwortungsbereich der Vorinstanz Apotheker auch ohne Weiterbildungstitel übergangsweise und/oder regelmässig eine BAB innehätten. Die Vorinstanz führt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 14. März 2019 auf, gemäss Art. 36 Abs. 2 MedBG brauche, wer den Apothekerberuf privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung ausüben wolle, zusätzlich einen eidgenössischen Weiterbildungstitel. Der Beschwerdeführer könne weder einen eidgenössischen Weiterbildungstitel vorweisen noch einen von der MEBEKO anerkannten ausländischen Weiterbildungsnachweis.

E. 2.2.2

Rechtliche Grundlagen 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.¹⁷ Mit Inkrafttreten der Teilrevision am 1. Januar 2018 brauchen neu auch Apotheker und Apothekerinnen zusätzlich einen eidgenössischen Weiterbildungstitel für die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung (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.¹⁸ 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 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 Gegen-

¹⁷ Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173, Ziff. 2.6, S. 226 (fortan: Botschaft MedBG 2004) ¹⁸ Informationsschreiben des Bundesamtes für Gesundheit an die Kantone vom 19. Oktober 2017, Beschwerdevernehmlassungsbeilage 1, S. 3 f.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 8 von 24

satz zur Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 320 ff. OR¹⁹ – nicht weisungsgebunden (vgl. Art. 321d OR), d.h. die Person steht nicht unter der Aufsicht einer Kollegin oder eines Kollegen.²⁰ 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.²¹ Unter welchen Umständen eine Tätigkeit privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung ausgeführt wird, legt die zuständige kantonale Behörde für die Erteilung der BAB fest.²² 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.²³ Art. 36 Abs. 2 MedBG schreibt vor, dass wer den Arzt-, den Chiropraktoren- oder den Apothekerberuf privatwirtschaftlich in eigener fachlicher

Verantwortung ausüben will, zusätzlich einen eidgenössischen Weiterbildungstitel braucht. Der Besitz eines blossen eidgenössischen Apothekerdiploms bzw. eines anerkannten ausländischen Diploms gestattet nur eine Tätigkeit unter Aufsicht.²⁴ 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 MedBV²⁵). Ausländische Weiterbildungstitel werden unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt (Art. 21 und 36 Abs. 3 MedBG). Fraglich ist, ob ein Weiterbildungsnachweis für die Erteilung einer BAB auch von EU-Bürgern verlangt werden kann, die keinen ausländischen Weiterbildungstitel innehaben (vgl. dazu unten Erw. 2.4).

E. 2.2.3

Würdigung Der Beschwerde ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer den Verweis der Vorinstanz auf Art. 5 Abs. 3 MedBG für die Gesuchsablehnung als unwirksam bzw. unvollständig betrachtet. Die Vorinstanz stützt sich in der angefochtenen Verfügung vom 4. Januar 2019 in-

19 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220) 20 Botschaft zur Änderung des Medizinalberufegesetzes (MedBG) vom 3. Juli 2013, BBl 2013 6205, Ziff. 2, S. 6213 (fortan: Botschaft MedBG 2013) 21 Botschaft MedBG 2013, a.a.O., Ziff. 1.2.2, S. 6210 22 Informationsschreiben des Bundesamtes für Gesundheit an die Kantone vom 19. Oktober 2017, Beschwerdevernehmlassungsbeilage 1, S. 2 f. 23 Zum Ganzen: Botschaft MedBG 2004, a.a.O., zu Art. 36, S. 226 24 Vgl. Botschaft MedBG 2004, a.a.O., zu Art. 36, S. 227 25 Verordnung vom 27. Juni 2007 über Diplome, Ausbildung, Weiterbildung und Berufsausübung in den universitären Medizinalberufen (Medizinalberufeverordnung, MedBV; 811.112.0)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 9 von 24

dessen pauschal auf das MedBG und nicht explizit auf die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Norm. Erst in der Beschwerdevernehmlassung präzisiert die Vorinstanz die Gründe ihrer Ablehnung und stützt sich richtigerweise auf Art. 36 MedBG. Die Teilrevision des MedBG, darunter die revidierte Fassung von Art. 36 Abs. 2 MedBG, sind auf den 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Somit stellt sich die Frage nach dem vorliegend anwendbaren Recht. Die Rechtmässigkeit einer Verfügung ist im Allgemeinen nach der Rechtslage zum Zeitpunkt ihres Erlasses zu beurteilen. Ist ein bestimmter Sachverhalt rechtlich zu würdigen, soll jenes materielle Recht Anwendung finden, das im Zeitpunkt der Verwirklichung dieses Sachverhalts Geltung hatte. Das Gesuch wurde am 6. Dezember 2018 eingereicht, d.h. erst nach Inkrafttreten der Gesetzesrevision vom 1. Januar 2018. Somit stützt sich die vorliegend angefochtene Verfügung richtigerweise auf die revidierte Rechtsnorm. Da der Beschwerdeführer unbestrittenermassen nicht im Besitz eines eidgenössischen Weiterbildungstitels ist und er auch über keinen entsprechenden ausländischen Weiterbildungstitel verfügt, kann ihm gestützt auf Art. 36 MedBG grundsätzlich keine BAB ausgestellt werden. Fraglich ist indessen, ob ihm auch ohne Weiterbildungstitel oder aus einem anderen Grund eine Berufsausübungsbewilligung zusteht.

E. 2.3

Übergangsbestimmungen

E. 2.3.1

Argumente der Verfahrensbeteiligten Die Vorinstanz hält in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 14. März 2019 erstmals fest, dass der Beschwerdeführer nicht von der Übergangsbestimmung in Art. 65 Abs. 1bis MedBG betroffen sei, wonach Inhaberinnen und Inhaber eines eidgenössischen Apothekerdiplooms, die vor Inkrafttreten der MedBG-Revision am 1. Januar 2018 im Besitz einer kantonalen Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung gewesen seien, weiterhin berechtigt seien, ihren Beruf schweizweit ohne eidgenössischen Weiterbildungstitel privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung auszuüben. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Replik vom 9. April 2019 vor, dass die Vorinstanz eine zweite Übergangsregelung, die dem Schreiben des BAG an die Kantone vom 19. September 2017 zu entnehmen sei,²⁶ nicht beachtet habe. Diese Übergangsregelung sehe vor, dass Personen, die vor dem 1. Januar 2018 ihren Beruf privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung ausgeübt hätten, nach bisherigem Recht nicht selbstständig gewe-

²⁶ Vgl. Informationsschreiben des Bundesamtes für Gesundheit an die Kantone vom 19. Oktober 2017, Beschwerdevernehmlassungsbeilage 1, S. 3, 2. Absatz

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 10 von 24

sen seien und zu dieser Berufsausübung nach kantonalem Recht keine Bewilligung gebraucht hätten, ihren Beruf noch bis am 31. Dezember 2022 ohne Bewilligung nach dem MedBG ausüben dürften. Der Beschwerdeführer sei vor und am Stichtag 1. Januar 2018 in einer deutschen Apotheke angestellt gewesen und habe seinen Beruf im Sinne des MedBG in eigener Verantwortung ausgeübt. Sein Abschluss sei Ende September 2017 durch die MEBEKO anerkannt worden, also zu einem Zeitpunkt, als diese Anerkennung durch die MEBEKO für die Erlangung einer BAB ausreichend gewesen sei. Aufgrund seiner nichtselbständigen, aber in eigener fachlicher Verantwortung ausgeübten Tätigkeit in Deutschland und der fehlenden kantonalen Bewilligungspflicht für diese Tätigkeit im Kanton Bern dürfe er gemäss der erwähnten Übergangsregelung bis zum 31. Dezember 2022 auch ohne Bewilligung privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung tätig sein. Er sei bis dahin nichtselbständigen Apothekern mit einer BAB gleichgestellt. In ihrer Duplik vom 10. Mai 2019 führt die Vorinstanz aus, sie könne der Argumentation des Beschwerdeführers nicht folgen. Die Übergangsbestimmungen zur Änderung des MedBG vom 20. März 2015 seien zum einen in Art. 65 Abs. 1bis und zum anderen in Art. 67a MedBG verankert und am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Die Vorinstanz stützt sich bei der Auslegung des vorliegend von Interesse scheinenden Art. 67a MedBG auf die Botschaft zur Änderung des MedBG²⁷. Weiter führt sie aus, dass die Ausübung eines universitären Medizinalberufes in eigener fachlicher Verantwortung im Kanton Bern seit jeher bewilligungspflichtig gewesen sei (vgl. Art. 15 GesG i.V.m. Art. 2 GesV). Daran ändere das Inkrafttreten des MedBG am 1. September 2007 grundsätzlich nichts. Als Folge dieser im Kanton Bern umfassend geltenden Bewilligungspflicht könne Art. 67a Abs. 1 MedBG von vornherein keine Wirkung auf Personen entfalten, die ihren universitären Medizinalberuf am 1. Januar 2018 in eigener fachlicher Verantwortung (wenn auch wirtschaftlich unselbständig) ausgeübt hätten. Der Beschwerdeführer könne demnach aus den übergangsrechtlichen Bestimmungen des MedBG nichts zu seinen Gunsten ableiten.

E. 2.3.2

Rechtliche Grundlagen Die Übergangsbestimmung von Art. 65 Abs. 1bis MedBG sieht vor, dass Inhaberinnen und Inhaber eines eidgenössischen Apothekerdiplooms, die vor dem 1. Januar 2018 im Besitz einer kantonalen Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung waren, weiterhin berechtigt sind, ihren Beruf in der ganzen Schweiz ohne eidgenössischen Weiterbildungstitel privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung auszuüben (1. Satz). Diejenigen, die vor dem 1. Januar 2018 keinen Weiterbildungstitel erhalten hatten, erhalten einen ihrer praktischen

27 Botschaft MedBG 2013, a.a.O.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 11 von 24

und theoretischen Weiterbildung entsprechenden Titel (2. Satz). Die Einzelheiten dazu sind in Art. 18b MedBV geregelt. Weiter sieht die Übergangsbestimmung von Art. 67a MedBG vor, dass Personen, die vor dem 1. Januar 2018 ihren Beruf privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung ausübten, nach bisherigem Recht nicht selbständig waren und zu dieser Berufsausübung nach kantonalem Recht keine Bewilligung brauchten, ihren Beruf nach Inkrafttreten dieser Änderung noch während längstens fünf Jahren ohne Bewilligung nach diesem Gesetz ausüben dürfen. Mit dieser Übergangsbestimmung wird dem Wechsel des Begriffs «selbständige Berufsausübung» zum erweiterten Begriff der «privatwirtschaftlichen Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» Rechnung getragen.²⁸ Das vierte Kriterium von Art. 67a MedBG verweist auf das kantonale Recht: Gemäss Art. 15 Abs. 1 und 2 alt GesG²⁹ i.V.m. Art. 2 Bst. c alt GesV³⁰ mussten Apothekerinnen und Apotheker, die in eigener fachlicher Verantwortung ihre Tätigkeit ausübten, bereits vor dem 1. Januar 2018 eine kantonale BAB einholen.

E. 2.3.3

Würdigung Der Beschwerdeführer war vor dem Inkrafttreten der Teilrevision des MedBG am 1. Januar 2018 nicht im Besitz einer kantonalen BAB, weshalb ihm ohne Weiterbildungstitel keine BAB zu gewähren ist. Damit ist er nicht berechtigt, den Apothekerberuf privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung auszuüben. Die in Art. 67a MedBG vorgesehene Übergangsbestimmung, wonach auch ohne BAB die privatwirtschaftliche Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung während fünf Jahren weitergeführt werden darf, kommt für den Beschwerdeführer ebenfalls nicht zur Anwendung, da bereits vor dem Inkrafttreten der Teilrevision die privatwirtschaftliche Ausübung des Apothekerberufs in eigener fachlicher Verantwortung im Kanton Bern bewilligungspflichtig war (Art. 15 Abs. 1 und 2 alt GesG i.V.m. Art. 2 Bst. c alt GesV). Die Übergangsbestimmungen sind daher vorliegend nicht anwendbar. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

²⁸ Botschaft MedBG 2013, a.a.O., zu Art. 67a, S. 6627. ²⁹ Gesundheitsgesetz vom 2. Dezember 1984, in der bis 30. November 2018 gültig gewesenen Fassung (alt GesG; BSG 811.01) ³⁰ Verordnung vom 24. Oktober 2001 über die beruflichen Tätigkeiten im Gesundheitswesen, in der bis 31. Dezember 2017 gültig gewesenen Fassung (Gesundheitsverordnung, alt GesV; BSG 811.111)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 12 von 24

E. 2.4

Freizügigkeit

E. 2.4.1

Argumente der Verfahrensbeteiligten Der Beschwerdeführer bringt in der Beschwerde vor, dass EU-Zuzügler und Schweizer Studi- enabgänger der Jahre 2018 und danach im Vergleich zu Bestandsapothekern unangemessen benachteiligt würden. Die Vorinstanz hält in ihrer Beschwerdevernehmlassung fest, dass in Bezug auf Apothekerinnen und Apotheker, die vor Inkrafttreten der MedBG-Revision zwar über ein eidgenössisches oder ein von der MEBEKO anerkanntes ausländisches Diplom, nicht aber über eine kantonale BAB verfügt hätten, das MedBG keine Vorschriften enthalte. Daher habe eine Expertengruppe der Kantonsapothekervereinigung (KAV) zuhanden der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) «Empfehlungen für die Umsetzung des revidierten Medizinalberufegesetzes in den Kantonen»³¹ erarbeitet. Nach diesen Empfehlungen würden ApothekerInnen mit einem von der MEBEKO anerkannten ausländischen Diplom den StudienabgängerInnen in der Schweiz ohne Weiterbildung gleichgestellt.³² Ohne Weiterbildung in der Schweiz oder eine durch die MEBEKO anerkannte Weiterbildung im Ausland würden sie keine BAB nach MedBG erhalten, könnten jedoch eine kantonale Bewilligung zur Tätigkeit als ApothekerIn mit eingeschränkter Stellvertreterfunktion einholen. Die KAV-Empfehlungen habe die Vorinstanz übernommen und bereits ab dem 1. Januar 2018 umgesetzt. In der Replik hält der Beschwerdeführer fest, dass die von der Vorinstanz in der Beschwerdevernehmlassung angesprochene Übergangsregelung nur für Inhaber einer kantonalen BAB gelte und somit durch das Fehlen von Bestimmungen zur Anerkennung gleichwertiger ausländischer Fähigkeitsnachweise ausländische Apotheker diskriminiere. Diese Diskriminierung widerspreche dem Freizügigkeitsabkommen (FZA)³³. Dem Beschwerdeführer werde trotz objektiv gleicher Qualifikation wie Inhaber einer kantonalen BAB die privatwirtschaftliche Ausübung des Berufs in eigener fachlicher Verantwortung verweigert. Die vielzitierte Gleichbehandlung mit Absolventen einer Schweizer Uni nach 2018 blende hierbei grosszügig aus, dass ihm nicht die erstmalige, sondern die weitere uneingeschränkte Ausübung des Berufs verwehrt werde. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass er gemäss Art. 7 Bst. a FZA Anspruch auf Gleichbehandlung mit Inländern habe. Der Begriff Übergangsbestimmung lasse vermuten, dass es sich nur um eine vorübergehende Beeinträchtigung der Freizügigkeit handle. Für ihn

31 Beschwerdevernehmlassungsbeilage 2, S. 1/5 ff (fortan: KAV-Empfehlungen) 32 KAV-Empfehlungen, a.a.O., Punkt 3. 33 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 13 von 24

als Ausländer sei es durchaus denkbar, dass über den Mechanismus solcher nur kantonal durch «Übergangsregelungen» erwerbbarer fiktiver Qualifikationen, die Abgrenzung des Schweizer Apothekenmarktes vor gleich qualifizierten Apothekern aus dem EU-Raum bis auf weiteres fortgesetzt werde. Der Gesetzgeber habe sich gegen eine solche Abgrenzung in Art. 9 FZA verpflichtet, erforderliche Massnahmen zur gegenseitigen Anerkennung von ausländischen Diplomen, Zeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen zu treffen. Das Fehlen von Bestimmungen zur Anerkennung ausländischer Qualifikationen in den Übergangsbestimmungen entbinde die Vorinstanz nicht, eine dem FZA genügende

Anerkennung in rechtsverbindlicher und letztendlich beklagbarer Form zu regeln. Eine kantonale BAB müsse wie ein sonstiger Befähigungsnachweis, dessen Anerkennung zu regeln sei, betrachtet werden. Die pauschale Ablehnung der Anerkennung einer fachlich verantwortlichen Berufstätigkeit als Apotheker ausserhalb der Schweiz vor dem 1. Januar 2018 genüge den Verpflichtungen des FZA sicher nicht. Zur Anerkennung ausländischer Qualifikationen und bilateralen Verträgen hält die Vorinstanz in der Duplik fest, dass entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers "die Kantonsapotheker" keineswegs die Verpflichtung treffe, «eine den bilateralen Bestimmungen genügende Anerkennung in rechtsverbindlicher und letztendlich beklagbarer Form zu regeln». Art. 36 MedBG regle die (fachlichen und persönlichen) Voraussetzungen für die Ausübung im Bereich der privatwirtschaftlichen Ausübung eines universitären Medizinalberufes in eigener fachlicher Verantwortung abschliessend und dürfe durch das kantonale Recht weder verändert noch ergänzt werden. Die kantonalen Verwaltungsbehörden (wie z.B. die Vorinstanz) haben vielmehr die Aufgaben, das Bundesrecht im Einzelfalls anzuwenden und zu vollziehen.

E. 2.4.2

Rechtliche Grundlagen Das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Freizügigkeitsabkommen (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). Der in Art. 2 FZA statuierte Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewährleistet den Staatsangehörigen der Vertragsparteien das Recht, in der Anwendung des Abkommens nicht schlechter gestellt zu werden als die Angehörigen des Staates, der das Abkommen handhabt.³⁴ 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

³⁴ Statt vieler: BGE 140 II 364 E. 6.1 S. 374 f.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 14 von 24

den Staatsangehörigen der Vertragsparteien den Zugang zur unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeit zu erleichtern (Art. 9 FZA; Art. 13 Abs. 1 RL 2005/3635). Die Vertragsstaaten haben sich 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 FAZ).³⁶ Die RL 2005/36 wurde mit den im Beschluss Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz vereinbarten Spezifikationen als zwischen der Schweiz und der EU bzw. ihre Mitgliedstaaten für anwendbar erklärt (Art. 9 i.V.m. Abschnitt A Ziff. 1 Bst. a - c Anhang III des FZA).³⁷ Art. 2 Abs. 1 RL 2005/36 hält fest, dass die Richtlinie die Voraussetzung für die Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen regelt, soweit die Ausübung einer Tätigkeit im Aufnahmestaat reglementiert ist. Art. 10 RL 2005/36 schränkt die allgemeine Regelung zur Anerkennung von Ausbildungsnachweisen dahingehend ein, dass sie nur auf die Berufe anwendbar sind, 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 ff. 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. Mit einem entsprechend anerkannten

pharmazeutischen Ausbildungsnachweis muss dessen Inhaber 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).³⁸ Fraglich ist, ob ein Weiterbildungsnachweis i.S.v. Art. 36 Abs. 2 MedBG auch von EU-Bürgern in der Schweiz gefordert werden darf oder ob dies dem FZA widerspricht. Gemäss Art. 190 BV³⁹ 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.⁴⁰ Innerstaatliches Recht ist soweit möglich völkerrechtskonform

35 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 36 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) B-5372/2015 vom 4. April 2017 E. 5.3.1 (mit Hinweisen) 37 BVGer B-5372/2015, a.a.O., E. 5.3.1 38 Vgl. Rumetsch/Poledna, Eidgenössischer Weiterbildungstitel im Apothekerbereich – Umsetzungsprobleme, in: Jusletter 28. Januar 2019, Rz. 17 39 Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) 40 BVGer B-5372/2015, a.a.O., E. 5.4; vgl. BGE 136 II 241 E. 16.1

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 15 von 24 auszulegen.⁴¹ Gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung geht Völkerrecht dem widersprechenden innerstaatlichen Recht in der Rechtsanwendung grundsätzlich vor.⁴² Direkt anwendbare Normen des FZA gehen nach bundesgerichtlicher Praxis neuerem Gesetzesrecht vor.⁴³ Die in der RL 2005/36 enthaltenen Anerkennungsmechanismen und Regeln sind hinreichend bestimmt und klar, um als Grundlage für den Entscheid im Einzelfall zu dienen, weshalb sie direkt anwendbar sind.⁴⁴ 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).⁴⁵ Das FZA erfasst nur die im Aufnahmestaat reglementierten beruflichen Tätigkeiten hinsichtlich der Anerkennung von Berufsqualifikationen (Art. 9 FZA i.V.m. Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 RL 2005/36).⁴⁶ 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 bei dem Apothekerberuf um eine in der Schweiz reglementierte berufliche Tätigkeit. Gemäss dem Wortlaut von Art. 45 Abs. 2 und 3 RL 2005/36 kann als einziges zusätzliches Erfordernis von den Mitgliedstaaten eine ergänzende Berufserfahrung gefordert werden.⁴⁷ Eine Weiterbildung entspricht allerdings nicht der Legaldefinition der Berufserfahrung gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. f RL 2005/36.⁴⁸ Demnach dürfte ein Apotheker mit einem anerkannten

Diplom sämtliche abschliessend aufgezählten Tätigkeiten ausüben (vgl. Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36).⁴⁹ Aus dem Wortlaut von Art. 45 RL 2005/36 geht nicht hervor, ob die aufgezählten Tätigkeiten in «eigener fachlicher Verantwortung» ausgeführt werden dürfen, oder ob da-

41 Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 127 f. 42 BGE 142 II 35 E. 3.2 (mit Hinweisen) 43 BGE 133 V 367 E. 11.4 ff. 44 Art. 9 und 16 Abs. 2 FZA; BVGer B-5372/2015, a.a.O., E. 5.4 (mit Hinweisen) 45 BVGer B-5372/2015, a.a.O., E. 5.4 46 BVGer B-5372/2015, a.a.O., E. 5.6 47 Vgl. Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 12 48 So auch Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 13 49 Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 12

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 16 von 24

mit nur gewährleistet werden soll, dass die Tätigkeiten in einem untergeordneten Anstellungsverhältnis ausgeführt werden dürfen.⁵⁰ Als Auslegungshilfe hierzu dienen die Erwägungsgründe der RL 2005/36: Erwägungsgrund 25 hält fest, dass der Ausbildungsnachweis des Apothekers diesem den Zugang zu einem Mindesttätigkeitsfeld gewähren soll und dass für die Aufnahme weiterer Tätigkeiten (d.h. ausserhalb des Mindesttätigkeitsfeldes), zusätzliche Ausbildungsanforderungen gestellt werden dürfen.⁵¹ Der 26. Erwägungsgrund sieht u.a. vor, dass die Richtlinie nicht die Koordinierung aller Bedingungen für die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeiten des Apothekers gewährleistet, und dass durch die Richtlinie keine Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten berührt werden, die Gesellschaften die Ausübung bestimmter Tätigkeiten des Apothekers verbieten oder ihnen für die Ausübung solcher Tätigkeiten bestimmte Auflagen machen. Als weitere Hilfe zur Auslegung kann Art. 21 Abs. 4 RL 2005/36 herangezogen werden, worin festgehalten wird, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, Ausbildungsnachweise nach Anhang V Nummer 5.6.2 für die Errichtung von neuen, der Öffentlichkeit zugänglichen Apotheken zuzulassen. Daraus lässt sich folgern, dass der blosser Ausbildungsnachweis alleine lediglich den Zugang zum Mindesttätigkeitsfeld von Art. 45 RL 2005/36 garantiert. Sowohl die Tätigkeit als Apothekeninhaber bzw. die Neuerrichtung einer Apotheke wie auch die berufliche Ausübung in eigener fachlicher Verantwortung gehen über dieses Mindesttätigkeitsfeld hinaus. Daher muss es zulässig sein, für Tätigkeiten, die über das Mindesttätigkeitsfeld von Art. 45 RL 2005/36 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. Aus diesen Gründen stellt das Weiterbildungsbildungsbüro 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 zu gewährenden Tätigkeiten von Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36 wird durch das Weiterbildungsbildungsbüro ebenso wenig verhindert.

E. 2.4.3

Würdigung Der Beschwerdeführer ist ein deutscher Staatsbürger, der seine Apothekerausbildung in Deutschland absolviert hat. Es handelt sich somit nicht um einen

rein innerstaatlichen Sach-

50 Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 15 51 Hierzu und zum Folgenden: Rumetsch/Poledna, a.a.O., Rz. 16

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 17 von 24

verhalt. Die Bundesrepublik Deutschland ist ebenso wie die Schweiz und die EU Vertragspar- tei des FZA. Das FZA kommt daher in diesem Fall zur Anwendung.⁵² Wie oben ausführlich dargelegt, können die Vertragsstaaten für Tätigkeiten, die über das Mindesttätigkeitsfeld von Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36 hinausgehen, zusätzliche Ausbildungsanfor- derungen schaffen. Die Führung einer Apotheke und die privatwirtschaftliche Ausübung des Apothekerberufs in eigener fachlicher Verantwortung geht über dieses Mindesttätigkeitsfeld hinaus. Somit ist das Weiterbildungsobligatorium für privatwirtschaftliche Apotheker in eigener fachlicher Verantwortung von Art. 36 Abs. 2 MedBG zulässig und kann auch von deutschen Staatsbürgern ohne entsprechenden Weiterbildungstitel gefordert werden. Die erforderlichen Massnahmen zur gegenseitigen Anerkennung von ausländischen Diplo- men, Zeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen wurden u.a. mit den Bestimmungen von Art. 15 bzw. 21 MedBG und Art. 2 Abs. 1 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 ge- genseitige Anerkennung mit dem betreffenden Staat vorgesehen ist. In diesem Sachverhalt betrifft dies wiederum das FZA mit der damit Verbundenen RL 2005/36. Demnach werden Weiterbildungstitel aus der EU in der Schweiz grundsätzlich anerkannt. Der Beschwerdeführer ist jedoch – was unbestritten ist – nicht im Besitz eines ausländischen Weiterbildungstitels. Aus diesem Grund muss an dieser Stelle nicht vertieft auf die Anerken- nung ausländischer Weiterbildungstitel eingegangen werden. Für den Beschwerdeführer gel- ten demnach dieselben Voraussetzungen wie für inländische Apotheker ohne Weiterbildungs- titel und BAB. Die in der Beschwerde vorgebrachte Rüge der unangemessenen Benachteiligung von EU-Zuzügler gegenüber "Bestandsapothekern" wird vom Beschwerdeführer in seiner Replik konkretisiert, da er darin eine Diskriminierung gegenüber inländischen Apothekern sieht. Das Recht auf Gleichbehandlung bzw. das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Nationali- tät ist ein im FZA mehrfach verankertes Prinzip. Dementsprechend ist Selbständigen eines anderen Vertragsstaates im Aufnahmestaat hinsichtlich des Zugangs zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung eine Behandlung zu gewähren, die nicht weniger güns- tig ist als die den eigenen Staatsangehörigen gewährte Behandlung (Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA i.V.m. Art. 15 FZA sowie Art. 7 Bst. a und Art. 2 FZA).⁵³ 52 BVGer B-5372/2015, a.a.O., E. 5.5.2 53 BVerG B-5372/2015, a.a.O., E. 6.1

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 18 von 24

Gemäss den KAV-Empfehlungen werden Apothekerinnen und Apotheker mit einem von der MEBEKO anerkanntem ausländischem Diplom inländischen Studienabgängerinnen und -abgänger ohne Weiterbildung gleichgestellt (KAV-Empfehlungen, Punkt 3). Sie erhalten ohne Weiterbildung in der Schweiz oder einer durch die MEBEKO anerkannten Weiterbildung im Ausland keine BAB. Eine eingeschränkte Stellvertreterbewilligung kann dennoch beantragt werden, was vom Beschwerdeführer auch gemacht und von der Vorinstanz erteilt wurde (vgl. dazu Beschwerdeverfahren 2019.GEF.226). Durch die Gleichstellung von ausländischen und inländischen Apothekern ohne Weiterbildung kommt

es weder zu einer unmittelbaren noch mittelbaren Diskriminierung von ausländischen Selbständigen.⁵⁴ Sowohl die inländischen wie auch die ausländischen Apotheker müssen eine Weiterbildung machen bzw. anerkennen lassen, um eine BAB zu erhalten. Ebenfalls wird keine Unterscheidung bezüglich der Staatsangehörigkeit bei der Erteilung einer eingeschränkten Stellvertreterbewilligung gemacht. Gegenüber denjenigen Apothekern, welche vor dem Inkrafttreten der Teilrevision eine BAB erhalten haben und daher weiterhin privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung tätig sein dürfen, besteht ebenfalls keine Ungleichbehandlung. Diese haben an ihrem Recht einen Bestandsschutz gem. Art. 65 Abs. 1 bis MedBG, der jedoch nicht von der Staatsangehörigkeit abhängig gemacht wird. Hätte der Beschwerdeführer noch vor dem 1. Januar 2018 eine kantonale Bewilligung beantragt, so wäre ihm diese auch ohne Weiterbildungstitel erteilt worden. Er wäre damals wie heute gegenüber Inländern nicht anders behandelt worden. Infolge dessen kann keine Diskriminierung von ausländischen Staatsangehörigen gegenüber Inländern festgestellt werden. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

E. 2.5

Wirtschaftsfreiheit

E. 2.5.1

Argumente der Verfahrensbeteiligten In der Beschwerde bringt der Beschwerdeführer vor, dass die Wirtschaftsfreiheit es gebiete, dass alle Apotheker ohne Weiterbildungstitel Anspruch auf gleiche Behandlung durch die Vorinstanz habe.

54 Vgl. BGE 140 II 112 E. 3.2.1

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 19 von 24

E. 2.5.2

Rechtliche Grundlagen Die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit findet sich in Art. 27 BV resp. Art. 23 KV55 und umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit 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.⁵⁶ Die Einführung einer Bewilligungs- und Weiterbildungspflicht für die Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit fällt klarerweise in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und stellt einen schweren Eingriff dar.⁵⁷ Dieser Eingriff darf nur so weit gehen, als dies zur Sicherstellung der Ziele des MedBG, namentlich zum Schutz der öffentlichen Gesundheit notwendig ist.⁵⁸ Der Bund kann gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV Vorschriften über die Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbs- bzw. Geschäftstätigkeit erlassen. 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, durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 1-3 BV). Schwere Eingriffe in Freiheitsrechte bedürfen einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz (Art. 36 Abs. 1 2. Satz BV).⁵⁹ Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, dass eine Grundrechtseinschränkung zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sowie für die betroffene Person zumutbar sein muss. Der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV).

E. 2.5.3

Würdigung Fraglich ist, ob die Wirtschaftsfreiheit durch die Einführung des Weiterbildungsobligatoriums verletzt ist. Das Erfordernis der Weiterbildung stellt einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, der nur dann zulässig ist, wenn die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind. Das Weiterbildungsobligatorium ist in Art. 36 Abs. 2 MedBG geregelt, demnach in einem Gesetz im formellen Sinn. Somit besteht eine genügende gesetzliche Grundlage für diesen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Durch die geforderte Weiterbildung soll der Schutz der öffentlichen Gesundheit sichergestellt werden. Ziel der Weiterbildung ist, dass privatwirtschaftlich erwerbstätige Personen in eigener fachlicher Verantwortung die in der universitären Ausbil-

55 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1) 56 BGE 132 I 282 E 3.2 S. 287 57 Botschaft MedBG 2013, a.a.O., S. 6214 58 Botschaft MedBG 2013, a.a.O., S. 6214 59 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- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 20 von 24

dung erworbenen Kenntnisse, Fertigkeiten, Verhaltensweisen und sozialen Kompetenzen erweitern und vertiefen (Art. 17 MedBG). Der Zweck, welcher Art. 36 MedBG zugrunde liegt, besteht hauptsächlich im Schutz der Patientinnen und Patienten, mittelbar aber auch im Schutz des Gesundheitssystems, weil die Qualität der Leistungserbringer (zusammen mit anderen Faktoren) die Effizienz des Systems sicherstellt.⁶⁰ Der politische Wille bestand darin mehr Anforderungen an die Kompetenzen der in eigener fachlicher Verantwortung tätigen Apothekerinnen und Apotheker zu stellen.⁶¹ Die Weiterbildungspflicht ist ohne weiteres geeignet, das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen: Durch die zusätzlich erworbenen Kenntnisse wird die Qualität der Versorgung erhöht und damit die Patientinnen und Patienten besser geschützt. Das Gesundheitssystem im Ganzen erfährt dadurch ebenfalls eine Qualitätssteigerung. Das Gesetz sieht im Fall des Fehlens einer Bewilligungsvoraussetzung zum Schutz der öffentlichen Gesundheit kein milderes Mittel als die Nichterteilung der BAB vor. Das Element des Weiterbildungstitels ist distinkt: Entweder ist es gegeben oder nicht. Da der Beschwerdeführer über keinen Weiterbildungstitel verfügt, erfüllt er die Voraussetzungen nicht und die BAB ist ihm nicht zu erteilen. Die Nichterteilung einer BAB ist auch zumutbar, denn das öffentliche Interesse am Schutz der Patientinnen und Patienten ist höher zu gewichten als das private Interesse des Beschwerdeführers, privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung tätig zu werden. Zusammenfassend erweist sich die Nichterteilung der BAB als verhältnismässig. Da einzig für die privatwirtschaftliche Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung eine Weiterbildungspflicht besteht, wird der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit gewahrt. Aus diesen Gründen verletzt das Weiterbildungsobligatorium die Wirtschaftsfreiheit nicht. Daher darf ein Weiterbildungstitel für die privatwirtschaftliche Ausübung des Apothekerberufs in eigener fachlicher Verantwortung gefordert werden. Demnach ist die Beschwerde in diesem Punkt unbegründet.

E. 2.6

Rechtsgleichheit

E. 2.6.1

Argumente der Verfahrensbeteiligten Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Rechtsgleichheit, da die Vorinstanz nicht alle Apotheker ohne Weiterbildungstitel

gleichbehandle, sondern zwischen Bestandsapotheker mit und ohne BAB differenziere.

60 Urteil des Bundesgerichtes 2C_879/2013 vom 17. Juni 2013, E. 7.2 (mit Hinweis u.a. auf BGE 139 I 218 E. 4.3 S. 224) 61 Informationsschreiben des Bundesamtes für Gesundheit an die Kantone vom 19. Oktober 2017, Beschwerde- vernehmlassungsbeilage 1, S. 3 f.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 21 von 24

E. 2.6.2

Rechtliche Grundlagen Die Rechtsgleichheit ist in Art. 8 BV und Art. 10 KV statuiert. Dem Grundsatz der Rechts- gleichheit kommt umfassende Geltung zu. Er ist von sämtlichen Staatsorganen in allen Funk- tionen (Rechtssetzung und Rechtsanwendung) und auf sämtlichen Ebenen der Staatstätigkeit (Bund, Kantone, Gemeinde) zu beachten. Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlangt, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festzusetzen sind. Glei- ches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Un- gleichheit ungleich zu behandeln. Eine rechtsungleiche Behandlung liegt gemäss der Praxis des Bundesgerichts grundsätzlich nur dann vor, wenn dieselbe Behörde gleichartige Fälle unterschiedlich beurteilt.⁶² Die Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots kann durch sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte gerechtfertigt sein.⁶³

E. 2.6.3

Würdigung Fraglich ist, ob die Rechtsgleichheit durch die Einführung des Weiterbildungsobligatorium ver- letzt ist. Es ist zuerst zu prüfen, ob der Beschwerdeführer mit Blick auf den rechtserheblichen Sach- verhalt in einer vergleichbaren Situation ist, wie die Apothekerinnen und Apotheker mit einer BAB aber ohne Weiterbildungstitel.⁶⁴ Sowohl die Bestandsapotheker wie auch der Beschwer- deführer erfüllen die Voraussetzungen nach Art. 36 Abs. 1 MedBG aber ihnen fehlt der erfor- derliche Weiterbildungstitel. Im Vergleich zum Beschwerdeführer verfügten die Bestandsapo- theker jedoch bereits vor dem Inkrafttreten der Teilrevision des MedBG über eine BAB. Es liegt daher eine vergleichbare, wenn auch nicht identische Situation vor. Weiter muss geprüft werden, ob der Beschwerdeführer und die Bestandsapotheker durch den Gesetzgeber bzw. den Rechtsanwender ungleich behandelt werden. Die Bestandsapotheker dürfen weiterhin privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung tätig sein, obwohl sie, genau gleich wie der Beschwerdeführer, die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllen. Die Übergangsbe- stimmung von Art. 65 Abs. 1bis MedBG sieht vor, dass die Bestandsapotheker weiterhin tätig sein dürfen. Demnach liegt eine Ungleichbehandlung durch den Gesetzgeber vor. Zuletzt stellt sich die Frage, ob für die Differenzierung sachliche Gründe vorliegen. Die Übergangsbe- stimmung von Art. 65 Abs. 1bis MedBG trägt dem Umstand Rechnung, dass bei einem BAB-Entzug viele Apotheken schliessen müssten (Verlust der Betriebsbewilligung infolge feh- lender Voraussetzung; Art. 16b GesG) und viele ihre Arbeit verlieren würden. Zum Schutz der

62 Vgl. zum Ganzen: Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 565 ff. 63

Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 35, Rz. 14 und 30 64

Kiener/Kälin/Wyttenbach, a.a.O., § 35, Rz. 14

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 22 von 24

Versorgungssicherheit durch Apotheken und zum Schutz von Apothekerinnen und Apothekern wurde die Übergangsbestimmung vom Gesetzgeber beschlossen.⁶⁵ Nach dem Gesagten stellt die Ungleichbehandlung keine Verletzung der Rechtsgleichheit dar, weil dafür ein sachlicher Grund vorliegt. Die diesbezügliche Rüge erweist sich damit als unbegründet.

E. 2.7

Unvollständigkeit des Gesuchs

E. 2.7.1

Argumente der Verfahrensbeteiligten Die Vorinstanz bringt in der Beschwerdevernehmlassung vor, dass der Beschwerdeführer das Gesuch unvollständig (d.h. ohne die entsprechenden Unterlagen) eingereicht habe. Dem Beschwerdeführer sei die neue Rechtslage bewusst gewesen und er habe mit einer Ablehnung des Gesuchs gerechnet. Überdies habe der Beschwerdeführer sein deutsches Apothekerdiplom am 27. September 2017 durch die MEBEKO anerkennen lassen, sich jedoch nicht um die kantonale BAB bemüht, obwohl in den einschlägigen Fachzeitschriften Ende 2017 mehrfach auf die neue Rechtslage ab 1. Januar 2018 hingewiesen worden sei. In der Replik erklärt der Beschwerdeführer, dass der Vorinstanz sämtliche Unterlagen zur Erteilung einer BAB vorliegen würden. Schliesslich habe die Vorinstanz den ordnungsgemässen Eingang des Gesuchs mit Schreiben vom 4. Januar 2019 bestätigt und das Gesuch um eine eingeschränkte Stellvertreterbewilligung auf Basis der eingereichten Unterlagen gutgeheissen. Der Beschwerdeführer fordert die Vorinstanz auf, die fehlenden Unterlagen zu benennen. In der Duplik hält die Vorinstanz fest, dass dem Gesuch des Beschwerdeführers der Nachweis eines eidgenössischen oder eines durch die MEBEKO anerkannten ausländischen Weiterbildungstitels fehlen würde.

E. 2.7.2

Würdigung Gemäss dem Formular «Gesuch Berufsausübungsbewilligung (BAB) Apothekerin / Apotheker»⁶⁶ der Vorinstanz und der Beschwerdeinstanz zugrunde liegenden Vorakten wurden bis auf den Nachweis des Weiterbildungstitels sämtliche Unterlagen eingereicht. Der Nachweis des Weiterbildungstitels konnte infolge des Fehlen eines solchen logischerweise nicht eingereicht werden. Die Ablehnung des Gesuchs erfolgte jedoch nicht aufgrund

⁶⁵ Votum Schwaller, AB 2014 S 1080 f. ⁶⁶ FO 0311-01 D V07

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 23 von 24
des Fehlen von Unterlagen, sondern richtigerweise aufgrund der Nichterfüllung aller gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 36 Abs. 2 MedBG).

E. 3

Ergebnis Art. 36 Abs. 2 MedBG verlangt für die privatwirtschaftliche Ausübung des Apothekerberufs in eigener fachlicher Verantwortung zusätzlich einen eidgenössischen Weiterbildungstitel. Dieser Weiterbildungspflicht müssen sämtliche im Kanton Bern in eigener fachlicher Verantwortung tätigen Apotheker nachkommen, ausser sie verfügen vor dem Stichtag vom 1. Januar 2018 bereits über eine BAB (Art. 65 Abs. 1bis MedBG). Nach dem Gesagten wird mit dem Weiterbildungspflichtobligatorium weder das Freizügigkeitsabkommen mit der EU noch die Wirtschaftsfreiheit oder Rechtsgleichheit

verletzt. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen.

E. 4

Kosten 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 GebV⁶⁷). 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). Vorliegend unterliegt der Beschwerdeführer vollumfänglich. Somit wird er grundsätzlich kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind pauschal festzulegen auf CHF 1'200.00. Die Gehörsverletzung (vgl. vorne Erw. 1.1.1 f.) stellt vorliegend einen besonderen Umstand dar, der bei der Kostenliquidation zu berücksichtigen ist und zur Folge hat, dass dem Beschwerdeführer nur zwei Drittel der Verfahrenskosten, festzusetzen auf CHF 800.00, aufzuerlegen sind. Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wett-schlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Verwaltungsbehörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG, d.h. Organe des Kantons, seiner Anstalten und seiner Körperschaften, haben im Be-schwerdeverfahren keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 3 VRPG). Die ob-

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

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.248 Seite 24 von 24

siegende Vorinstanz hat als Organ des Kantons demnach keinen Anspruch auf Parteikosten-ersatz, weshalb keine Parteikosten zu sprechen sind.

III. Entscheid 1. Die Beschwerde vom 14. Januar 2018 [recte: 2019] wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Die Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 1'200.00, werden zu zwei Dritteln, ausma-chend CHF 800.00, dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft er-wachsen ist. 3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung - Beschwerdeführer, per Einschreiben - Vorinstanz, per Kurier

DER GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTOR

Pierre Alain Schnegg Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern angefoch-ten werden. 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 Entscheid und greifbare Beweismittel sind beizulegen.

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