

Gutachten

zu der Frage, ob die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften (Art. 43, 48 EGV) so auszulegen sind, dass sie einem Fremdbesitzverbot für Apotheken, wie es in § 2 Abs. 1 Ziff. 1 - 4 u. 7, § 7 Satz 1 und § 8 Satz 1 des Gesetzes über das Apothekenwesen - ApoG - in der Fassung vom 15.10.1980 (BGBl. I S. 1993), zuletzt geändert durch Art. 34 der Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407), geregelt ist, entgegenstehen

Fremdbesitzverbot bei Apotheken im Lichte des EU-Rechts

Verfasser: Klaus-Dieter Sohn und Dr. Bert Van Roosebeke
Freiburg, 25. September 2008

Inhalt

A. Einführung	3
B. Ordnungspolitische Betrachtung	3
I. Einleitung	3
II. Folgen des Fremdbesitzverbots: Effizienzverluste durch die Einschränkung des Wettbewerbs	3
III. Widerlegung der Argumente pro Fremdbesitzverbot	5
1. Einführung: Ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimittel	5
2. Wirtschaftlicher Druck und Patienteninteressen	6
3. Qualität der Beratung	7
IV. Schlussfolgerung	7
C. Juristische Betrachtung	8
I. Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH)	8
1. Vorlage durch das Verwaltungsgericht des Saarlandes	8
2. Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien	9
3. Mündliche Verhandlung vor dem EuGH	9
II. Verbot des Fremdbesitzes nach deutschem Recht	10
1. Rechtsgrundlage	10
2. Eingriff in Grundrechte nach Art. 12 GG	10
3. Rechtfertigung	11
III. Vereinbarkeit mit europäischem Recht	11
1. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	11
2. Primäres Gemeinschaftsrecht	12
a) Prüfungsmaßstab der ursprünglichen Rechtsprechung des EuGH: Diskriminierungsverbot	12
b) Prüfungsmaßstab der neueren Rechtsprechung des EuGH: Strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung	12
aa) Keine Diskriminierung	13
bb) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	13
cc) Geeignetheit	13
dd) Verhältnismäßigkeit	14
IV. Fazit	16
D. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH	17
I. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH	17
II. Einschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit nach EG-Vertrag	18
III. Fazit	20
E. Ergebnis	21

A. Einführung

Im deutschen Apothekenrecht herrscht das Leitbild der inhabergeführten Apotheke oder, wie es das Bundesverfassungsgericht nennt, das Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“¹. Danach ist der Betrieb einer Apotheke nur natürlichen Personen vorbehalten, während er einer Kapitalgesellschaft verwehrt wird (sog. Fremdbesitzverbot).

Das Saarländische Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales hat dieses Fremdbesitzverbot nun für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt und im Juni 2006 der DocMorris N.V., einer Kapitalgesellschaft mit Sitz in den Niederlanden, den Betrieb einer Apotheke in Saarbrücken genehmigt. Damit konnte die DocMorris N.V. (im Folgenden: DocMorris) ihre bislang auf den grenzüberschreitenden Versandhandel² beschränkte Tätigkeit auf dem deutschen Arzneimittelmarkt ausweiten.

B. Ordnungspolitische Betrachtung

I. Einleitung

Der ordnungspolitische Anspruch des Gesetzgebers sollte es sein, die rechtlichen Rahmenbedingungen derart zu gestalten, dass sie die unternehmerische Freiheit möglichst wenig einschränken und folglich einen höchstmöglichen Wettbewerb für Waren und Dienstleistungen ermöglichen.

Das aus den deutschen gesetzlichen Regeln folgende Fremdbesitzverbot für den Betrieb von Apotheken stellt jedoch einen massiven Eingriff in den Apothekermarkt dar, für den es einer besonders überzeugenden Erklärung bedarf.

Im Folgenden werden in Abschnitt II zuerst die Folgen des Fremdbesitzverbots dargestellt. Anschließend werden in Abschnitt III die Argumente der Befürworter dieses Verbotes einer Prüfung unterzogen. Abschnitt IV fasst zusammen.

II. Folgen des Fremdbesitzverbots: Effizienzverluste durch die Einschränkung des Wettbewerbs

In seiner Wirkung kommt das in Deutschland geltende Fremdbesitzverbot für Apotheken einer protektionistischen Maßnahme gleich. Es schränkt die Zahl der Anbieter von Arzneimitteln ein und schützt damit die Apotheker gegen den Wettbewerb anderer – in diesem Fall als Kapitalgesellschaft organisierte – Apotheker.

¹ BVerfGE 17, 232 (240).

² Zur Genehmigung des grenzüberschreitenden Versandhandels siehe: EuGH, Urteil v. 11.12.2003, Rs. C-322/01, *Doc Morris*, Slg. 2003, I-4887.

Unabhängig von den potentiellen Vorteilen dieses Verbots, werden durch die Einschränkung des Wettbewerbs erhebliche Kosten verursacht. Diese Kosten fallen in erster Linie direkt bei den Patienten an.

Das Fremdbesitzverbot führt zu unnötig hohen Preisen und ist damit ineffizient. Es verhindert die Ausnutzung potentieller Kosteneinsparungen durch Größenvorteile, die z.B. von Apothekenketten realisiert werden könnten. Diese Vorteile fallen dann an, wenn eine größere Anzahl von Apothekern eine bestimmte Infrastruktur gemeinsam aufbaut oder nutzt. Die festen Kosten dieser Infrastruktur werden somit über von allen teilnehmenden Apotheken mitgetragen und fallen nur einmal an. Dies ist kostengünstiger als der Aufbau oder Betrieb einer Vielzahl ähnlicher Infrastrukturelemente. Als Beispiele gelten etwa gemeinsame Systeme für die Buchhaltung oder die Abrechnung mit Krankenkassen und gemeinsame Lagerungskapazitäten.

Apothekenketten würden aber auch über eine bessere Verhandlungsposition den Medikamentenherstellern gegenüber verfügen. So könnten sie niedrigere Preise verhandeln, die an die Patienten weitergereicht würden. Der Wettbewerb zwischen Apothekern und/oder Apothekenketten würde nämlich zwangsläufig dazu führen, dass auch die Patienten von diesen niedrigeren Preisen profitieren könnten.

Preissenkungen wären vor allem bei Medikamenten zu erwarten, die zwar apothekenpflichtig aber nicht verschreibungspflichtig sind. Diese Arzneimittel unterliegen nicht der staatlichen Preisregulierung durch die Arzneimittelpreisverordnung. Apotheker sind damit frei in der Preissetzung und könnten die Vorteile, die sie dank ihrer effizienten Organisation erwirtschaften, sofort den Patienten weitergeben.

Das bestehende Fremdbesitzverbot schränkt die Verwirklichung dieser Effizienzvorteile und damit des verstärkten Preiswettbewerbs jedoch fast vollständig ein. Die finanziellen Verluste dieses Verbots werden direkt vom Patienten getragen, da er das Arzneimittel vollständig bezahlen muss. Die gesetzlichen Krankenkassen erstatten Arzneimittel, die nicht verschreibungspflichtig sind, in der Regel nicht.

Um einen ähnlichen Preiswettbewerb auch bei verschreibungspflichtigen Medikamenten zu erreichen, ist allerdings eine Änderung der deutschen Arzneimittelpreisverordnung notwendig. Diese Verordnung nimmt entscheidend Einfluss auf die Preise verschreibungspflichtiger Medikamente und sieht insbesondere einen festen „Apothekenzuschlag“ von 3%, zusätzlich 8,10 €, pro Arzneimittel vor. Neben dem Fremdbesitzverbot verhindert damit auch diese Verordnung, dass Effizienzvorteile – wie sie etwa von Apothekenketten erreicht werden können – uneingeschränkt an die Patienten beziehungsweise an die Krankenkassen weitergereicht werden.

Besonders anschaulich sind die positiven Effekte des Wettbewerbs auf die Medikamentenpreise derzeit beim Versandhandel. Hier hat sich Deutschland für eine Stärkung des Wettbewerbs entschieden und den Versandhandel sowohl für verschreibungsfreie als auch verschreibungspflichtige Arzneimittel zugelassen. In der Folge wurden erhebliche Preisunterschiede zwischen den klassischen Apotheken und den Versandapotheken bemerkbar.

Diese können nicht nur mit Kosteneinsparungen bei den Versandapotheken erklärt werden, die daraus folgen, dass diese Apotheken in der Regel auf einer Präsenzapotheke verzichten. Vielmehr profitieren diese Versandapotheken in entscheidendem Umfang von Skalenvorteilen und einer effizienten betriebliche Organisation.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Fremdbesitzverbot den Wettbewerb auf dem Arzneimittelmarkt erheblich einschränkt. Dies ist ineffizient, da es die Realisierung von Skalenvorteile verhindert. Folglich sind die Preise für Arzneimittel in Präsenzapotheken höher als notwendig. Diese Kosten werden primär von den Patienten direkt getragen.

III. Widerlegung der Argumente pro Fremdbesitzverbot

1. Ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimittel

Laut Apothekengesetz haben die Apotheken die „ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung“ sicherzustellen. Die Gegner der Aufhebung des Fremdbesitzverbots argumentieren nun, dass dieses Verbot notwendig sei, um das vom Gesetzgeber vorgegebene Ziel der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung, zu erreichen. Aus ordnungspolitischer Sicht überzeugt dieses Argument jedoch nicht.

In seiner Bestrebung, eine „ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung“ sicherzustellen, hat der Gesetzgeber ordnungspolitische Vernunft erwiesen. Er war sich darüber im Klaren, dass es angesichts der Wirkungsart von Arzneimitteln unmöglich ist, das Restrisiko für die menschliche Gesundheit vollständig auszuschließen. Ziel seiner Bestrebungen war vielmehr die Reduzierung der potentiellen Gesundheitsschädigungen auf ein akzeptables Maß.

In der Folge hat der Gesetzgeber die Rahmenbedingungen für den Arzneimittelbetrieb restriktiv gestaltet. Das mehrstufige Regelwerk fällt durch die ordnungspolitische Vernunft auf: Eingriffe in die unternehmerische und individuelle Freiheit werden nur dort vorgenommen, wo sie für die Zielerreichung als unentbehrlich erachtet werden.

Erstens dürfen Arzneimittel nicht – wie andere Waren – frei auf dem Markt angeboten werden. Es bestehen aufwendige, oft mehrjährige Zulassungsverfahren, die teilweise – und in der Regel sinnvollerweise – EU-weit geregelt sind.

Zweitens werden Arzneimittel, die wegen ihrer potentiellen Auswirkungen auf die Gesundheit eine besondere medizinische Aufsicht erfordern, als verschreibungspflichtig eingestuft. Um den Schutz der Bevölkerung zu erhöhen und den Missbrauch zu erschweren, ist der freie Erwerb dieser Arzneimittel im Handel nicht ohne weiteres möglich. Vielmehr bedarf es dafür der Verschreibung durch einen zugelassenen Arzt.

Als dritte Schutzmaßnahme hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, dass die Ausgabe von Medikamenten durch „professionelles und fachkundiges Personal“ erfolgen muss (§ 3 Abs. 5 Verordnung über den Betrieb von Apotheken).

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das Argument, das Fremdbesitzverbot wäre für die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung notwendig, mit dem bestehenden – ordnungspolitisch vertretbaren – Rechtsrahmen nicht vereinbar ist. Das Fremdbesitzverbot stellt eine unnötige Einschränkung der unternehmerischen Freiheit dar. Es ist zur Erreichung des vom Gesetzgeber angestrebten Ziels nicht notwendig.

In seinem mehrstufigen Rechtsrahmen erachtet der Gesetzgeber eine Einschränkung der unternehmerischen Freiheit der Apotheker nur insoweit für notwendig, als er vorschreibt, dass die Ausgabe von Medikamenten durch „professionelles und fachkundiges Personal“ zu erfolgen habe. Die eigentumsrechtliche Organisation einer Apotheke ist von diesem Kriterium losgelöst. Die Ausgabe von Medikamenten durch „professionelles und fachkundiges Personal“ kann nämlich sowohl in einer traditionellen Apotheke als auch in einer Apothekenkette erfolgen. Es ist nicht ersichtlich, dass sich Eigentumsstrukturen überhaupt auf die Professionalität und Fachkunde des Personals auswirken.

Folglich stellt die hoheitliche Vorgabe, wonach eine Apotheke nicht im Fremdbesitz geführt werden darf, eine ordnungspolitisch nicht verantwortbare Einschränkung der unternehmerischen Freiheit dar. Diese Einschränkung kann nicht mit dem Argument der ordnungsgemäßen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimittel begründet werden.

2. Wirtschaftlicher Druck und Patienteninteressen

Als weiteres Argument führen die Befürworter des Fremdbesitzverbotes an, dass in Apotheken, die als Kapitalgesellschaft organisiert sind, ein höherer wirtschaftlicher Druck herrsche. Dadurch würde nicht länger die Gesundheit des Patienten im Mittelpunkt stehen, sondern es würde gezielt versucht werden, solche Arzneimittel zu verkaufen, die besonders gewinnsteigernd sind.

Auch dieses Argument überzeugt nicht. Gerade der selbständige Apotheker trägt das komplette wirtschaftliche Risiko seines Unternehmens. Mit den Einnahmen der eigenen Apotheke muss er die Löhne und Sozialabgaben seiner Angestellten, die Miete oder Hypothek für seine Räumlichkeiten und den eigenen Lebensunterhalt finanzieren. Dass dieser Apotheker stets die Gesundheit des Patienten und nicht die Steigerung des eigenen Umsatzes und des Gewinns berücksichtigt, darf als sehr naiv gelten.

Für den bei einer Kapitalgesellschaft angestellten Apotheker stellt sich die Lage etwas anders dar. Er verfügt über ein Festgehalt und hat damit in der Regel keinen gleich starken Anreiz, den Umsatz zu maximieren. Anders als beim selbständigen Apotheker, der das wirtschaftliche Risiko vollständig trägt, bieten solche zusätzliche Absätze für den angestellten Apotheker keinen vergleichbaren Grenzvorteil. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Unternehmensleitung einer Apothekenkette einen wirtschaftlichen Druck auf die Filialen ausübt. Dieser Druck dürfte allerdings zumindest nicht größer sein als bei einer selbständigen Apotheke.

Die hoheitliche Vorgabe, wonach eine Apotheke nicht im Fremdbesitz geführt werden darf, stellt folglich eine Einschränkung in die unternehmerische Freiheit dar, die ordnungspolitisch nicht mit dem Argument der Patienteninteressen begründet werden kann.

3. Qualität der Beratung

Als letztes Argument gegen die Aufhebung des Fremdbesitzverbotes wird angebracht, dass diese eine unzulässige Senkung der Qualität der Beratung verursachen würde.

Bei verschreibungspflichtigen Medikamenten ist die Beratung durch den Apotheker in der Regel allerdings beschränkt, da er an das Rezept des verschreibenden Arztes gebunden ist. Bei der Ausgabe von verschreibungsfreien Arzneimitteln besteht allerdings ein größerer Ermessensspielraum für den Apotheker. Hier ist eine umfassende Beratung durch den Apotheker tatsächlich möglich.

Dass sich die Aufhebung des Fremdbesitzverbotes negativ auf die Qualität dieser Beratung auswirkt, ist allerdings nicht ersichtlich. Das Gegenteil ist der Fall: Es kann erwartet werden, dass die Erhöhung des Wettbewerbs und die damit verbundenen Alternativen für die Patienten zu einer besseren Beratung führen. Dies gilt auch für Apotheken, die als Kapitalgesellschaft organisiert sind. Erstens müssen auch diese sich im Wettbewerb mit anderen Apotheken beweisen und können sich schon deshalb keine qualitativ minderwertige Beratung erlauben. Zweitens unterliegen auch sie gesetzlichen Mindestnormen, wie etwa der des §10 Apothekengesetz, der vorsieht, dass die Auswahl der Arzneimittel nicht auf das Angebot bestimmter Hersteller oder Händler beschränkt werden darf.

Im Ergebnis wird deutlich, dass das Urteil darüber, ob die vom Apotheker geleistete Beratung auch qualitativ überzeugt, dem Kunden und nicht dem Gesetzgeber überlassen bleiben muss.

Die hoheitliche Vorgabe, wonach eine Apotheke nicht im Fremdbesitz geführt werden darf, stellt folglich eine Einschränkung in die unternehmerische Freiheit dar, die ordnungspolitisch nicht mit dem Argument der Beratungsqualität begründet werden kann.

IV. Schlussfolgerung

Das Fremdbesitzverbot ist ordnungspolitisch nicht vertretbar. Der Gesetzgeber kann mit anderen Vorgaben, die weniger tief greifend in die unternehmerische Freiheit eingreifen, das gesetzte Ziel erreichen.

C. Juristische Betrachtung

I. Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof

1. Vorlage durch das Verwaltungsgericht des Saarlandes

Gegen die Doc Morris erteilte Betriebsgenehmigung wehren sich konkurrierende Apotheken, die Apothekerkammer des Saarlandes sowie der Deutsche Apothekerverband e.V. und haben zwei Verfahren³ vor dem Verwaltungsgericht des Saarlandes angestrengt. Das Verwaltungsgericht hat – da es um die Auslegung von Normen des europäischen Rechts geht – dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens⁴ folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. „Sind die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften (Art. 43, 48 EGV) so auszulegen, dass sie einem Fremdbesitzverbot für Apotheken, wie es in § 2 Abs. 1 Ziff. 1 - 4 u. 7, § 7 Satz 1 und § 8 Satz 1 des Gesetzes über das Apothekenwesen - ApoG - in der Fassung vom 15.10.1980 (BGBl. I S. 1993), zuletzt geändert durch Art. 34 der Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407), geregelt ist, entgegenstehen“?

2. „Für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird:

Ist eine nationale Behörde aufgrund des Gemeinschaftsrechts, insbesondere im Hinblick auf Art. 10 EGV und den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts berechtigt und verpflichtet, die von ihr für gemeinschaftswidrig erachteten nationalen Vorschriften nicht anzuwenden, auch wenn es sich nicht um einen evidenten Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht handelt und eine Unvereinbarkeit der betreffenden Vorschriften gegen das Gemeinschaftsrecht vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nicht festgestellt worden ist?“⁵

Da die beiden Vorabentscheidungsverfahren der Sache nach in Zusammenhang stehen, hat der EuGH beschlossen, sie gemäß Art. 43 der Verfahrensordnung⁶ zu einem gemeinsamen schriftlichen und mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung zu verbinden⁷. Gleichwohl ist die zweite Frage für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Fremdbesitzverbots nicht von Bedeutung und wird im Folgenden auch nicht untersucht.

³ Verwaltungsgericht des Saarlandes, Az 3 K 361/06 und 3 K 364/06.

⁴ Verfahren nach Art. 234 EG-Vertrag.

⁵ VG Saarbrücken, Beschlüsse vom 20. und 21. März 2007 in den Rechtssachen 3 K 361/06 und 3 K 364/06.

⁶ Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/de/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/txt5.pdf>.

⁷ Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 1. Juni 2007.

2. Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien

Neben den Vorlagen des Verwaltungsgerichts des Saarlandes an den EuGH gibt es noch ein Vertragsverletzungsverfahren⁸ der Europäischen Kommission gegen Italien⁹, in dem die Kommission zwei Vorwürfe erhebt. Erstens verstößt nach Ansicht der Kommission die italienische Bestimmung, die das Betreiben von privaten Apotheken nur solchen natürlichen Personen oder Gesellschaften erlaubt, die selbst bzw. deren Gesellschafter alle Pharmazeuten sind, gegen den EG-Vertrag. Zweitens verstoßen italienische Regelungen gegen den EG-Vertrag, die es Unternehmen, die Arzneimittel vertreiben, unmöglich machen, Beteiligungen an Betreibergesellschaften von öffentlichen Apotheken zu erwerben.

3. Mündliche Verhandlung vor dem EuGH

Am 3. September 2008 fand vor dem EuGH eine mündliche Verhandlung in den verbundenen Rechtssachen C-171/07 und C-172/07 (DocMorris) sowie der Rechtssache C-531/06 (Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien) statt.

Nach den Verfahrensbeteiligten konnten sich auch die Mitgliedstaaten zur Sache äußern. Von dieser Möglichkeit machten neben Deutschland auch Irland, Griechenland, Spanien, Frankreich, Lettland, die Niederlande, Österreich, Polen und Finnland Gebrauch. Dabei sprach sich eine Mehrheit für einen großen Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten aus. Ausdrücklich gegen das Fremdbesitzverbot äußerten sich die Niederlande und Polen, wobei Polen für einen streng kontrollierten Markt plädierte, der vom Ausschluss von Großhändlern und Arzneimittelherstellern bis zu Preisregulierung reichen könnte.

Der Vertreter Spaniens rügte in seinem Plädoyer insbesondere die mangelnde Kompetenz der EU zur Regelung der Gesundheitssysteme¹⁰ und warf der Kommission vor, im Wege von Vertragsverletzungsverfahren eine indirekte Harmonisierung zu betreiben. Dieses Vorgehen sei eine freie Rechtsschöpfung unter Ausschluss des Europäischen Parlaments. Wenn dieses Vorgehen Erfolg hätte, dann wäre die künftige Rolle der Mitgliedstaaten auf die Einreichung von Schriftsätzen und 15-Minuten-Plädoyers reduziert.

Im Anschluss an die mündliche Verhandlung kündigte der Generalanwalt (Yves Bot) an, seine Schlussanträge am 16. Dezember 2008 vorzulegen.

⁸ Verfahren nach Art. 226 EG-Vertrag.

⁹ anhängige Rechtssache beim EuGH, Rs. C-531/06, *Kommission/Italien*, ABl. EU C 42 vom 24.02.2007, S. 19.

¹⁰ Art. 152 Abs. 5 EG-Vertrag.

II. Verbot des Fremdbesitzes nach deutschem Recht

1. Rechtsgrundlage

Im deutschen Recht finden sich die Bestimmungen über den Betrieb von Apotheken im Gesetz über das Apothekenwesen (ApoG) und in der Verordnung über den Betrieb von Apotheken (ApBetrO). Eine ausdrückliche Regelung zum Fremdbesitzverbot findet sich dort nicht. Allerdings bestimmt § 1 Abs. 2 ApoG, dass zum Betrieb einer Apotheke eine Erlaubnis erforderlich ist, die nur für den Apotheker gilt, dem sie erteilt worden ist (§ 1 Abs. 3 ApoG). Und dieser Apotheker ist zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung verpflichtet (§ 7 ApoG). Für den Fall, dass eine Personenmehrheit eine Apotheke betreiben möchte, bestimmt § 8 ApoG, dass dies nur in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer Offenen Handelsgesellschaft und nur dann zulässig ist, wenn alle Gesellschafter über eine Erlaubnis verfügen. Aus der Erlaubnis folgt wiederum die Verpflichtung zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung gemäß § 7 ApoG. Auch ist die Beteiligung in Form einer stillen Gesellschaft verboten sowie jede sonstige Form der Beteiligung eines Dritten an Vermögenswerten oder an Umsatz oder Gewinn der Apotheke, wenn dieser Dritte nicht Inhaber der Erlaubnis für den Betrieb dieser Apotheke ist. Auch für den Fall einer längerfristigen Verhinderung des Erlaubnisinhabers ist vorgesorgt, indem die Dauer einer Vertretung durch einen anderen Apotheker grundsätzlich auf drei Monate begrenzt ist (§ 2 Abs. 5 ApBetrO). Kann der Erlaubnisinhaber die Apotheke über einen längeren Zeitraum nicht selbst leiten, muss er sie entweder verkaufen oder (ausnahmsweise) verpachten, wobei auch die Verpachtung einem strengen rechtlichen Rahmen unterworfen ist. Das Zusammenwirken dieser Vorschriften führt faktisch zu dem im vorliegenden Verfahren kritisierten Fremdbesitzverbot.

2. Eingriff in Grundrechte nach Art. 12 GG

Die genannten Bestimmungen des Apothekengesetzes stellen unstreitig einen Eingriff in die Berufsausübung dar. Dagegen liegt keine Beschränkung der Freiheit der Berufswahl vor, da die Freiheit der Berufswahl durch die Entscheidung zur Gründung und zum Betrieb der ersten Apotheke bereits ausgeübt werden konnte¹¹. Soweit es aber Regelungen zur Berufsausübung betrifft, hat der Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung einen größeren Gestaltungsspielraum als bei Eingriffen in die Freiheit der Berufswahl¹², wengleich sich der Gesetzgeber an den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit zu orientieren hat. Danach muss, je mehr der Einzelne von den Beschränkungen betroffen ist, auch das Interesse des öffentlichen Wohls umso stärker ausgeprägt sein¹³.

¹¹ BVerfGE 17, 232 (241).

¹² BVerfGE 7, 377 (403).

¹³ BVerfGE 11, 30 (43).

3. Rechtfertigung

Das Bundesverfassungsgericht stellte zunächst fest, dass der Gesetzgeber im Bereich der Gesundheitspolitik ein Gestaltungsrecht innehat, das es zulässt, sich auch dann für das Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“ zu entscheiden, wenn es andere Möglichkeiten gegeben hätte¹⁴. Weiter führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass und warum sich die gesetzliche Umsetzung dieses Leitbildes innerhalb der Vorgaben des Grundgesetzes bewege, und kommt im Ergebnis zu der Feststellung, dass die entsprechenden Bestimmungen des Apothekengesetzes auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und insgesamt verfassungsgemäß seien.

III. Vereinbarkeit mit europäischem Recht

1. Sekundäres Gemeinschaftsrecht

Der EG-Vertrag weist der EU sowohl eine Kompetenz zum Erlass von „Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise“¹⁵ zu als auch „zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten“¹⁶. Von dieser Möglichkeit wurde, mit Bezug auf den Beruf des Apothekers, insbesondere mit dem Erlass der Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen¹⁷ und die Richtlinie über Dienstleistungen¹⁸ Gebrauch gemacht. Allerdings lässt sich aus diesen Richtlinien kein Verbot des Fremdbesitzverbots herleiten. Mit der Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen sollen nämlich nicht alle Bedingungen für die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeiten des Apothekers koordiniert werden¹⁹. Ebenso wenig sollen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten von der Richtlinie betroffen sein, „die Gesellschaften die Ausübung bestimmter Tätigkeiten des Apothekers verbieten oder ihnen für die Ausübung solcher Tätigkeiten bestimmte Auflagen machen“²⁰. Gegen die Bestimmungen dieser Richtlinie verstößt das Fremdbesitzverbot offensichtlich nicht. Gleiches gilt für die Vereinbarkeit mit der Richtlinie über Dienstleistungen. Denn das Gesundheitswesen ist von deren Anwendungsbereich ausdrücklich ausgeschlossen²¹.

¹⁴ BVerfGE 17, 232 (242).

¹⁵ Art. 47 Abs. 1 EG-Vertrag.

¹⁶ Art. 47 Abs. 2 S. 1 EG-Vertrag.

¹⁷ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. L 255 vom 30.9.2005, S. 22).

¹⁸ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 36).

¹⁹ Erwägungsgrund 26, S. 1 der Richtlinie 2005/36/EG.

²⁰ Erwägungsgrund 26, S. 3 der Richtlinie 2005/36/EG.

²¹ Erwägungsgrund 22 und Art. 2 Abs. 2 lit. f der Richtlinie 2006/123/EG.

2. Primäres Gemeinschaftsrecht

Ausgangspunkt ist die primärrechtlich bestimmte Niederlassungsfreiheit²², die neben den natürlichen Personen auch Kapitalgesellschaften umfasst²³. Dem Wortlaut nach gewährt Art. 43 EG-Vertrag mit der Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und die Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine Angehörigen“²⁴. Weitergehende Bestimmungen sind nicht enthalten. Gleichwohl hat der EuGH – über den Wortlaut hinaus – erheblich restriktivere Bedingungen aufgestellt, anhand derer er die Vereinbarkeit nationaler Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit bewertet.

a) Prüfungsmaßstab der ursprünglichen Rechtsprechung des EuGH:

Diskriminierungsverbot

Dem Wortlaut folgend, und so sah es auch der EuGH in seiner älteren Rechtsprechung²⁵, soll mit Art. 43 EG-Vertrag insbesondere verhindert werden, dass die Niederlassungsfreiheit aufgrund der Staatsangehörigkeit eingeschränkt wird. Diese Auslegung der Niederlassungsfreiheit als bloßes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit ergibt sich der ratio legis des Art. 43 EG-Vertrag und überzeugt daher.

Im Apothekengesetz wird nicht zwischen deutschen Staatsangehörigen und Angehörigen anderer Mitgliedstaaten unterschieden. Vielmehr ist der Betrieb einer Apotheke jedem Apotheker möglich, ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit. Das Apothekengesetz unterscheidet auch hinsichtlich des Besitzverbots für Kapitalgesellschaften nicht nach dem Sitz der Gesellschaft. Vielmehr greift das Verbot für in- und ausländische Kapitalgesellschaften. Eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ist offensichtlich nicht gegeben. Das im Apothekengesetz festgelegte Fremdbesitzverbot ist also mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar.

b) Prüfungsmaßstab der neueren Rechtsprechung des EuGH:

Strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung

In drei Urteilen in den Jahren 1992 bis 1995 (*Ramrath* (1992), *Kraus* (1993) und *Gebhard* (1995))²⁶ hat der EuGH seinen ursprünglichen Prüfungsmaßstab massiv ausgeweitet. Danach sind an alle die Niederlassungsfreiheit einschränkende Maßnahmen vier Voraussetzungen zu stellen: „Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit

²² Art. 43 EG-Vertrag.

²³ Art. 48 EG-Vertrag.

²⁴ Art. 43 Abs. 2 EG-Vertrag.

²⁵ EuGH, Urteil v. 21.07.1974, Rs. C-2/74, *Reyners*, Slg. 1974, I-631, Rn. 24; EuGH, Urteil v. 28.04.1977, Rs. C-71/76, *Thieffry*, Slg. 1977, I-765, Rn. 12.

²⁶ EuGH, Urteil v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995 I-4165; EuGH, Urteil v. 31.03.1993, Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993 I-1663; EuGH, Urteil v. 20.05.1992, Rs. C-106/91, *Ramrath*, Slg. 1992, I-3351.

ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist²⁷.

aa) Keine Diskriminierung

Wie bereits dargestellt, orientiert sich das Fremdbesitzverbot nicht an der Staatsangehörigkeit und behandelt auch in- und ausländische Kapitalgesellschaften gleich. Eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit kommt nicht in Betracht.

bb) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

Mit den Regelungen des Apothekengesetzes verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherzustellen. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten von Arzneimitteln und den mit einer Fehlmedikation einhergehenden Risiken und Nebenwirkungen – insbesondere deren teilweise Irreversibilität – wird deutlich, dass die Regelungen vorrangig dem Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung dienen. Dies sind zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen. Diese Ansicht bestätigt auch der EuGH, der dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen den ersten Rang einräumt²⁸.

cc) Geeignetheit

Mit dem Fremdbesitzverbot im deutschen Apothekengesetz verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherzustellen.

Die Ansicht, der Gesetzgeber wolle damit lediglich die Ausgabe von Arzneimitteln durch qualifiziertes Personal erreichen, ist allerdings abzulehnen. Zwar schreibt der Gesetzgeber vor, dass Arzneimittel nur durch professionelles und fachkundiges Personal ausgegeben werden dürfen. Er lässt aber ausdrücklich auch die Ausgabe durch angestelltes professionelles und fachkundiges Personal zu und beschränkt sie nicht auf den Betreiber der Apotheke (§ 3 Abs. 5 ApBetrO).

Vielmehr ist es die Intention des Gesetzgebers, neben der Forderung nach fachkundiger und qualifizierter Beratung auch und insbesondere die Unabhängigkeit der Beratung und Kontrolle zu gewährleisten. Die Tätigkeit des Apothekers unterliegt unterschiedlichen externen Einflüssen, nämlich dem Einfluss von Ärzten, Herstellern und dem Großhandel. Das Fremdbesitzverbot dient ganz wesentlich dem Zweck, die Unabhängigkeit der Betriebsleitung von diesen äußeren Einflüssen zu gewährleisten und durch die unabhängige Beratung und Kontrolle ein möglichst hohes Schutzniveau zu gewährleisten. Insbesondere soll verhindert werden, dass Apothekenketten im Besitz von Pharma- oder Großhandelsunternehmen nur die von diesen Unternehmen vertriebenen Arzneimittel verkaufen oder bewerben. Die Frage, ob die wirtschaftliche Unabhängigkeit für die Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit bei Beratungen überhaupt von

²⁷ EuGH, Urteil v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37.

²⁸ EuGH, Urteil v. 8.11.2007, Rs. C-143/06, *Ludwigs-Apotheke*, Slg. 2007, I-9623, Rn. 27 (m.w.N.).

Bedeutung ist, hat der EuGH im Falle eines Rechtsanwalts bejaht: Es dürfe in Anbetracht der berufsständischen Grundsätze angenommen werden darf, dass ein Rechtsanwalt „möglicherweise nicht mehr in der Lage ist, seinen Mandanten unabhängig und unter Wahrung eines strengen Berufsgeheimnisses zu vertreten, wenn er einer Struktur angehört, die auch die Aufgabe hat, die finanziellen Ergebnisse der Vorgänge, bezüglich deren er tätig geworden ist, im Rahmen der Rechnungslegung zu erfassen und zu prüfen“²⁹. Dieser Rechtsprechung folgend wäre eine Maßnahme wie das Fremdbesitzverbot grundsätzlich geeignet zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Apothekers.

dd) Verhältnismäßigkeit

Schließlich darf eine die Niederlassungsfreiheit einschränkende Maßnahme – nach Ansicht des EuGH – auch nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist. Eine weniger einschränkende Maßnahme wäre die Zulassung des Fremdbesitzes bei gleichzeitiger Gewährleistung der ordnungsgemäßen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln. Aus ordnungspolitischer Sicht ist das Fremdbesitzverbot – wie eingangs (Teil B) dargelegt – weder erforderlich noch angemessen.

Auch für das Gebot der Unabhängigkeit des Apothekers (s. aa) ist das Fremdbesitzverbot nicht erforderlich. Denn die Unabhängigkeit wäre im gleichen Maße gewährleistet, wenn der Apotheker nur als Angestellter, beispielsweise eines Arzneimittelherstellers tätig wäre. Denn dieser hätte zwar theoretisch ein Interesse daran, nur die von ihm hergestellten Arzneimittel zu bevorraten und zu verkaufen. Allerdings verbietet das Apothekengesetz ausdrücklich, „bestimmte Arzneimittel ausschließlich oder bevorzugt anzubieten oder abzugeben oder anderweitig die Auswahl der von ihm [dem Apotheker] abzugebenden Arzneimittel auf das Angebot bestimmter Hersteller oder Händler oder von Gruppen von solchen zu beschränken (§ 10 ApoG). Diese Bestimmung würde auch für den angestellten Apotheker gelten.

Neben dieser grundsätzlichen ordnungspolitischen Betrachtung stellt sich insbesondere auch die Frage, ob die Pflicht zur ständigen Anwesenheit eines Apothekers bei gleichzeitiger Verpflichtung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung als milderer Mittel im Vergleich zum Fremdbesitzverbot in Frage kommt. Diese Möglichkeit folgt der Rechtsprechung des EuGH, der darüber zu entscheiden hatte, ob ein Fremdbesitzverbot für Optikergeschäfte, wie es in Griechenland gegeben war, mit der Niederlassungsfreiheit zu vereinbaren sei. Der EuGH stellte fest, dass das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit mit Maßnahmen erreicht werden kann, die die Niederlassungsfreiheit weniger einschränken, „z.B. durch das Erfordernis, dass in jedem Optikergeschäft als Arbeitnehmer oder Gesellschafter diplomierte Optiker anwesend sein müssen, durch die für die zivilrechtliche Haftung für das Verhalten eines Dritten geltenden Vorschriften sowie durch Bestimmungen, die eine Berufshaftpflichtversicherung vorschreiben“³⁰.

²⁹ EuGH, Urteil v. 19.02.2002, Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, I-1577, Rn. 105 f.

³⁰ EuGH, Urteil v. 21.04.2005, Rs. C- 140/03, *Kommission / Griechenland*, Slg. 2005, I-3177, Rn. 35.

Zwar ist das Optiker-Urteil nicht pauschal auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar. Denn während der Optiker mit Medizinprodukten handelt, handelt der Apotheker mit Arzneimitteln. Diese Unterscheidung ist insbesondere wegen der weit größeren Gefahren bei falscher Anwendung an den Handel mit Arzneimitteln von Bedeutung. Diese Unterscheidung findet sich auch im Sekundärrecht der EU wieder³¹ und führt unter anderem dazu, dass der Handel mit Arzneimitteln, anders als der Handel mit Medizinprodukten, grundsätzlich den Apotheken und einzelnen dazu ermächtigten Personen vorbehalten ist³².

Allerdings scheidet deshalb die zivilrechtliche Haftung als milderes Mittel ebenso wenig aus wie eine Verpflichtung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung. Denn eine zivilrechtliche Haftung ist grundsätzlich geeignet, erlittene Schäden auszugleichen. Zudem ist die Berufshaftpflichtversicherung geeignet, die Solvenz des Haftenden zu gewährleisten. Allein der Hinweis, dass eine solche Kombination aus Haftung und Versicherung dem besonderen Schutz der menschlichen Gesundheit nicht gerecht wird, ist kein überzeugendes Argument für die Rechtfertigung des Fremdbesitzverbotes. Zwar liegt die Besonderheit von Arzneimitteln darin, dass sie bei unsachgemäßer Anwendung teilweise Schäden an Leib oder Leben verursachen, die sich durch bloße Geldleistungen nicht beseitigen lassen. Allerdings reicht im bestehenden System die Haftung des selbständigen Apothekers auch nicht über einen Schadenersatz in Geld hinaus. Für eine unterschiedliche Behandlung des gleichen Haftungsumfangs besteht indes keine Begründung.

Es mag zur Aufrechterhaltung der ordnungsgemäßen Versorgung der Allgemeinheit mit Arzneimitteln erforderlich sein, ein System zu installieren, das die Unabhängigkeit des Apothekers gewährleistet. Dazu ist aber die bestehende Regelung des § 10 ApoG in Verbindung mit einem Haftungs- und Versicherungssystem zumindest ebenso geeignet wie ein Fremdbesitzverbot, allerdings weniger einschränkend.

Abschließend stellt sich die Frage nach der Sanktion im Falle eines Verstoßes gegen § 10 ApoG. Ein Apotheker, der sich nur vom Streben nach Gewinn leiten lässt und gegen § 10 ApoG verstößt, vernachlässigt den ihm kraft Gesetzes übertragenen Gemeinwohlauftrag. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung oder eine andere Verletzung des übertragenen Gemeinwohlauftrags führt dazu, dass dem Apotheker die Zuverlässigkeit aberkannt wird, was wiederum einen Entzug der Apothekenbetriebserlaubnis (§ 4 ApoG) und den Verlust der Approbation zur Folge hat (§ 6 Bundes-Apothekerordnung - BAPO). Mit diesem Sanktionsmodell droht der Gesetzgeber dem Apotheker mit dem Verlust seiner gesamten Existenz. Diese Sanktionen treffen zwar im gleichen Maße auch den angestellten Apotheker, nicht jedoch die dahinter stehende Kapitalgesellschaft. Denn zumindest der Entzug der Approbation kommt nur gegenüber einer natürlichen Person zur

³¹ Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel; Richtlinie 90/385/EWG des Rates vom 20. Juni 1990 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über aktive implantierbare medizinische Geräte; Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte.

³² Erwägungsgrund 36 der Richtlinie 2001/83/EG.

Anwendung. Wenn also einer Kapitalgesellschaft die Betriebserlaubnis entzogen würde, wäre durch die sofortige Neugründung einer zweiten Kapitalgesellschaft das bestehende Sanktionsmodell umgehbar. Freilich ist diese vermeintliche Umgehung in hohem Maße realitätsfern. Denn der Reputationsverlust des Entzugs der Betriebserlaubnis hätte geradezu verheerende Folgen für die Reputation der gesamten Apothekenkette. Denn jede Apotheke, auch im Fremdbesitz einer Kapitalgesellschaft, steht im Wettbewerb mit anderen Apotheken und kann sich schon deshalb ein solches Desaster nicht erlauben. Der Kunde ist ein mündiger Verbraucher, der eine solche Apotheke meiden wird. Dies hätte letztlich die gleiche Bedrohung der Existenz zur Folge und mithin die gleiche disziplinierende Wirkung, wie sie vom bisherigen Sanktionssystem nur auf den selbständigen Apotheker ausgeübt wird.

IV. Fazit

Im Lichte der neueren Rechtsprechung kann der Europäische Gerichtshof nur zu der Feststellung gelangen, dass das deutsche Fremdbesitzverbot gegen europäisches Recht verstößt. Als Folge dieser Feststellung müsste der deutsche Gesetzgeber das Fremdbesitzverbot aufheben.

D. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH

Es ist, wie oben dargestellt, von entscheidender Bedeutung, an welchem Maßstab gemessen wird, ob eine die Niederlassungsfreiheit einschränkende Maßnahme mit dem europäischen Primärrecht vereinbar ist. Dieser Maßstab wird durch mehrere Faktoren geprägt. Erstens muss der EG-Vertrag, soweit er eindeutige Regelungen enthält, berücksichtigt werden, da im Vertrag der Wille der Mitgliedstaaten besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Zweitens ist die Verteilung der Kompetenzen zwischen der EU und den Mitgliedstaaten in der Gesundheitspolitik von besonderer Bedeutung, da die Kompetenzverteilung durch einen zu restriktiv gewählten Prüfmaßstab beeinflusst werden könnte. Drittens ist das Spannungsfeld zwischen Grundfreiheiten einerseits und Ermessensspielraum der nationalen Gesetzgeber im Bereich ihrer Kompetenz andererseits zu berücksichtigen.

I. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH

In seiner älteren Rechtsprechung stellte der EuGH fest, dass mit Art. 43 EG-Vertrag insbesondere verhindert werden solle, dass die Niederlassungsfreiheit aufgrund der Staatsangehörigkeit eingeschränkt wird³³. Von dieser Rechtsprechung ist der EuGH zwischenzeitlich abgewichen und hat die Voraussetzungen für Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit massiv ausgeweitet. Mit seinen Entscheidungen in den Rechtssachen *Ramrath* (1992), *Kraus* (1993) und *Gebhard* (1995) hat der EuGH seine Rechtsprechung zu Art. 47 EG-Vertrag bezüglich möglicher Beschränkungen der Berufsausübung dahingehend geändert³⁴, dass er Art. 43 EG-Vertrag nicht mehr nur als bloßes Diskriminierungsverbot versteht. Vielmehr interpretiert er Art. 43 EG-Vertrag nun als echtes Beschränkungsverbot³⁵. Danach sind an alle die Niederlassungsfreiheit einschränkende Maßnahmen vier Voraussetzungen zu stellen: „Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist“³⁶.

In einer zweiten Rechtsprechungslinie hat der EuGH festgestellt, dass durch die Kompetenzbeschränkung in Art. 152 Abs. 5 EG-Vertrag nicht gänzlich ausgeschlossen sei, dass andere primärrechtliche Bestimmungen, wie zum Beispiel die Grundfreiheiten, Auswirkungen auf

³³ EuGH, Urteil v. 21.07.1974, Rs. C-2/74, *Reyners*, Slg. 1974, I-631, Rn. 24; EuGH, Urteil v. 28.04.1977, Rs. C-71/76, *Thieffry*, Slg. 1977, I-765, Rn. 12.

³⁴ EuGH, Urteil v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995 I-4165, Rn. 37; EuGH, Urteil v. 31.03.1993, Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993 I-1663, Rn. 32; EuGH, Urteil v. 20.05.1992, Rs. C-106/91, *Ramrath*, Slg. 1992, I-3351, Rn. 29 und 31.

³⁵ *Schwarze*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 1. Aufl., 2007, S. 69, Rn. 114.

³⁶ EuGH, Urteil v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37.

die mitgliedstaatlichen Gesundheitspolitik haben können. Hier sind insbesondere die Urteile in den Rechtssachen *Gül*(1986), *Kohll*(1998), und *Smits*(2001)³⁷ zu nennen.

In seiner jüngsten Rechtsprechung geht der EuGH nun sogar so weit, unter Verweis auf die Grundfreiheiten originäre Leistungsansprüche für Patienten gegen ihre nationalen Gesundheitssysteme zu begründen³⁸, ohne dass die Gemeinschaft im Bereich der Gesundheitspolitik über eine derartige Kompetenz verfügt. Im konkreten Fall sprach der EuGH einer englischen Patientin die Erstattung der Behandlungskosten für eine Behandlung in einem anderen EU-Mitgliedstaat (Frankreich) durch das National Health System zu.

II. Einschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit nach EG-Vertrag

Dem Wortlaut folgend, und so sah es auch der EuGH in seiner älteren Rechtsprechung³⁹, soll mit Art. 43 EG-Vertrag insbesondere verhindert werden, dass die Niederlassungsfreiheit aufgrund der Staatsangehörigkeit eingeschränkt wird. Diese Auslegung der Niederlassungsfreiheit als bloßes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit überzeugt. Eine andere, weitergehende Auslegung in den eindeutigen Wortlaut hineinzupinterpretieren, ist nicht angebracht. Dem Wortlaut nach gewährt Art. 43 EG-Vertrag mit der Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und die Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine Angehörigen“⁴⁰. Weitergehende Bestimmungen sind nicht enthalten. Gleichwohl hat der EuGH – über den Wortlaut hinaus – erheblich restriktivere Bedingungen aufgestellt, anhand derer er die Vereinbarkeit nationaler Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit bewertet. Bereits unter Zugrundelegung des Wortlauts des Art. 43 EG-Vertrag ist die neuere Rechtsprechung des EuGH in den Entscheidungen *Ramrath*, *Kraus* und *Gebhard*⁴¹ nicht nachvollziehbar.

Vor allem aber ist der Wille der Mitgliedstaaten, der „Herren der Verträge“, wie er im EG-Vertrag zum Ausdruck kommt, zu berücksichtigen. Danach sind die Kompetenzen der EU im Bereich der Gesundheitspolitik sehr eingeschränkt. Ausdrücklich vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags ausgenommen sind die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung (Art. 152 Abs. 5 EG-Vertrag). Der Wille der Mitgliedstaaten, die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung vom Kompetenzbereich der EU auszunehmen, hat auch heute noch Bestand, wie die Formulierung des in die Zukunft gerichteten

³⁷ EuGH, Urteil v. 28.04.1998, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, I-1931, Rn. 46 (zu Art. 49 EG-Vertrag);
EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-131/85, *Gül*, Slg. 1986, I-1573, Rn. 17 (zu Art. 48 und 56 EG-Vertrag);
EuGH, Urteil v. 12.07.2001, Rs. C-157/99, *Smits*, Slg. 2001, I-5473, Rn. 60 ff. (zu Art. 49EG-Vertrag).

³⁸ EuGH, Urteil v. 16.05.2006, Rs. C-372/04, *Watts*, Slg. 2006, I-4325.

³⁹ EuGH, Urteil v. 21.07.1974, Rs. C-2/74, *Reyners*, Slg. 1974, I-631, Rn. 24; EuGH, Urteil v. 28.04.1977, Rs. C-71/76, *Thieffry*, Slg. 1977, I-765, Rn. 12.

⁴⁰ Art. 43 Abs. 2 EG-Vertrag.

⁴¹ EuGH, Urteil v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995 I-4165; EuGH, Urteil v. 31.03.1993, Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg.1993 I-1663; EuGH, Urteil v. 20.05.1992, Rs. C-106/91, *Ramrath*, Slg. 1992, I-3351.

Lissabon-Vertrags deutlich macht⁴²: Danach wird bei „der Tätigkeit der Union die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gewahrt.“ Die Mitgliedstaaten haben der EU in der Gesundheitspolitik eine lediglich koordinierende Rolle zugeschrieben und diese beschränkt auf die Unterstützung der Mitgliedstaaten bei deren Zusammenarbeit im Bereich der Gesundheitspolitik⁴³. Im Übrigen ist die EU auch durch Art. 3 Abs. 1 lit. p EG-Vertrag auf einen unterstützenden Beitrag zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus beschränkt, darf also keine autonome Gesundheitspolitik betreiben⁴⁴.

Nicht zuletzt wegen dieser Beschränkungen haben sich der europäische Gesetzgeber und die Kommission bis heute bei der Setzung von Sekundärrecht – insbesondere der Richtlinien über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und über Dienstleistungen⁴⁵ – bewusst gegen die Harmonisierung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Ausübung bestimmter Tätigkeiten des Apothekers entschieden und es den Mitgliedstaaten überlassen, den Apothekern bestimmte Auflagen für die Ausübung ihrer Tätigkeiten zu machen⁴⁶. Der europäische Gesetzgeber und die Kommission gingen bei Erlass dieser Richtlinien also selbst davon aus, dass den Mitgliedstaaten der Erlass nationaler Regelungen zur Einschränkung der Ausübung des Apothekerberufs, wozu zweifelsfrei auch der Betrieb einer Apotheke gehört, möglich sein soll. Da bereits bei Erlass der Richtlinien zahlreiche nationale Rechtsvorschriften ein Fremdbesitzverbot für Apotheken enthielten, kann auch davon ausgegangen werden, dass der europäische Gesetzgeber und die Kommission übereinstimmend der Ansicht waren, dass dieses Fremdbesitzverbot auch dem europäischen Primärrecht entspricht. Anderenfalls hätten die Erwägungsgründe 26 bzw. 22 der Richtlinien 2005/36/EG bzw. 2006/123/EG diese ausdrückliche Bestimmung nicht enthalten. Damit haben der Gesetzgeber und die Kommission klar zum Ausdruck gebracht, dass sie die Verantwortung für die Gesundheitspolitik bei den Mitgliedstaaten belassen möchten und gleichzeitig die Besonderheit des Berufs des Apothekers anerkennen.

Geht man also davon aus, dass die EU nur sehr eingeschränkte Kompetenzen im Bereich der Gesundheitspolitik hat und nach dem Willen der Mitgliedstaaten haben soll, wird deutlich, dass Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit ausschließlich unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu bewerten sind, wie es sich aus dem Wortlaut des Art. 43 EG-Vertrag ergibt. Weitergehende Bewertungsmaßstäbe würden eine unzulässige Ausweitung der Kompetenzen der EU bedeuten und im offenen Widerspruch zur Spezialregel des Art. 152 EG-Vertrag stehen, mit der die Einschränkung der Souveränitätsrechte der Mitgliedstaaten durch die Gemeinschaft und die Grundfreiheiten gerade verhindert werden soll⁴⁷. Denn je mehr primärrechtliche Anforderungen die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer

⁴² Vgl. Art. 168 Abs. 7 AEUV.

⁴³ *Wichard* in Calliess/Ruffert, Art. 152 Rn. 2.

⁴⁴ *Fischer* in Lenz/Borchardt, Art. 152, Rn. 2.

⁴⁵ Richtlinien 2005/36/EG und 2006/123/EG.

⁴⁶ Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2005/36/EG; Erwägungsgrund 22 der Richtlinie 2006/123/EG.

⁴⁷ *Dettling*, Ethisches Leitbild und EuGH-Kompetenz für die Gesundheitssysteme?, EuZW 17/2006, S. 519, 523.

nationalen Gesetzgebung beachten müssen, desto geringer wird der eigene Ermessensspielraum. Gerade dieser Spielraum aber soll den Mitgliedstaaten im Bereich der Gesundheitspolitik erhalten bleiben, anderenfalls hätte der EU auch in diesem Bereich eine umfassende Rechtsetzungskompetenz übertragen werden können.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände muss festgestellt werden: Der vom EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung entwickelte Prüfungsmaßstab ist mit der Kompetenzverteilung in der Gesundheitspolitik, wie sie die Mitgliedstaaten im EG-Vertrag vorgenommen haben, nicht vereinbar und führt zu einer schleichenden Kompetenzverlagerung, die durch den EG-Vertrag gerade verhindert werden sollte.

III. Fazit

Die exzessive, neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist abzulehnen. Der Umstand, dass die EU keine Kompetenz im Bereich der Gesundheitspolitik hat, führt dazu, dass Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch Maßnahmen im Bereich der Gesundheitspolitik ausschließlich unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit bewertet werden sollten, wie es sich aus dem Wortlaut des Art. 43 EG-Vertrag ergibt. Weitergehende Bewertungsmaßstäbe würden eine unzulässige Ausweitung der Kompetenzen der EU bedeuten und im offenen Widerspruch zur Spezialregel des Art. 152 EG-Vertrag stehen. Diese Einschränkung der Souveränitätsrechte der Mitgliedstaaten durch die Gemeinschaft und die Grundfreiheiten soll aber gerade verhindert werden. Es wäre daher geboten, dass der EuGH seine in den Entscheidungen *Ramrath*, *Kraus* und *Gebhard*⁴⁸ entwickelte jüngere Rechtsprechung wieder zurücknimmt.

⁴⁸ EuGH, Urteil v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995 I-4165; EuGH, Urteil v. 31.03.1993, Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993 I-1663; EuGH, Urteil v. 20.05.1992, Rs. C-106/91, *Ramrath*, Slg. 1992, I-3351.

E. Ergebnis

Das Fremdbesitzverbot des Apothekengesetzes ist ordnungspolitisch verfehlt und ein protektionistisches Relikt, das den Wettbewerb in nicht sachgerechter Weise einschränkt. Gemessen am Maßstab der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist das Fremdbesitzverbot auch nicht vereinbar mit EU-Recht. Es schränkt die primärrechtlich verankerte Niederlassungsfreiheit in einem Maße ein, das nicht mehr mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Beides spricht für eine Entscheidung des EuGH, die das Fremdbesitzverbot zu Fall bringt. Die entsprechenden Bestimmungen müssten in diesem Fall vom Gesetzgeber dahingehend überarbeitet werden, dass sie zumindest auch den Fremdbesitz erlauben.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich freilich unter Anwendung der – allein sachgerechten, dem Willen der Herren der Verträge entsprechenden – älteren Rechtsprechung des EuGH zur Interpretation des Art. 43 EG-Vertrag, nach der Art. 43 EG-Vertrag lediglich ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit enthält. Im Lichte dieser nicht mehr geltenden Rechtsprechung wäre das Fremdbesitzverbot mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar und hätte daher, unbeschadet der massiven ordnungspolitischen Bedenken, Bestand.