

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., und Kristina Schreiber, Bonn*

Keine Diskriminierung von Kapitalgesellschaften – auch nicht auf Gesundheitsmärkten!

Kapitalgesellschaften werden in einzelnen Wirtschaftsbereichen wie dem Apothekenmarkt in einigen EG-Mitgliedstaaten oder dem griechischen Optikermarkt von einer Erwerbstätigkeit ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluss ist als diskriminierender Eingriff in die gemeinschaftsrechtlich gewährten Grundfreiheiten zu werten, auch wenn er nach inländischem Recht und dem Recht anderer EG-Mitgliedstaaten gegründete Kapitalgesellschaften gleichermaßen betrifft. Der EuGH prüft bisweilen eine Rechtfertigung auch diskriminierender Maßnahmen anhand der ursprünglich als „Cassis-Formel“ entwickelten „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“. Eine Rechtfertigung des Ausschlusses von Kapitalgesellschaften kommt grundsätzlich auch unter diesem Blickwinkel nicht in Betracht. Unter besonderer Beachtung der Zwecke des Gesundheits- und Verbraucherschutzes wird im Folgenden aufgezeigt, warum der generelle Ausschluss von Kapitalgesellschaften auch ohne direkte Anknüpfung an das Merkmal der Staatsangehörigkeit einen diskriminierenden Eingriff in die Grundfreiheiten darstellt und in der Regel nicht zu rechtfertigen ist. Jedes staatliche Organ ist zur Nichtanwendung der mitgliedstaatlichen Regelungen, die zum Ausschluss von Kapitalgesellschaften in dem entsprechenden Wirtschaftsbereich führen, verpflichtet.

I. Der Ausschluss von Kapitalgesellschaften von der Erwerbstätigkeit in einzelnen Wirtschaftsbereichen auf dem Prüfstand der Grundfreiheiten

1. Ausgangsfall: Fremdbesitzverbot für Apotheken

Der kategorische Ausschluss von Kapitalgesellschaften von der Erwerbstätigkeit in einem Wirtschaftssektor ist gegenwärtig Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH.¹ Das VG Saarland hat in seinen Vorlagebeschlüssen vom 20. und 21. 3. 2007 das Hauptsacheverfahren ausgesetzt und den EuGH gefragt, ob die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften (Artt. 43, 48 EG) dahingehend auszulegen sind, dass sie einem Fremdbesitzverbot für Apotheken entgegenstehen.²

Der Betrieb einer Apotheke ist u. a. Kapitalgesellschaften in Deutschland nach §§ 1, 2, 7 und 8 ApoG untersagt. Gem. § 8 ApoG dürfen Apotheken, sofern sie nicht durch einen Apotheker als Einzelkaufmann betrieben werden, lediglich in der Rechtsform einer GbR bzw. einer OHG betrieben wer-

den. Sämtliche Gesellschafter müssen hierbei Inhaber einer Apothekenbetriebserlaubnis sein. Das saarländische Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales hat aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts dennoch einer niederländischen Aktiengesellschaft die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke erteilt. Nach Auffassung der Behörde verstoßen die Regelungen über das Fremdbesitzverbot von Apotheken insbesondere gegen die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften nach Artt. 43, 48 EG und sind daher unanwendbar.³

Unabhängig von den deutschen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren hat die Europäische Kommission am 22. 12. 2006 Klage gegen die Italienische Republik aufgrund des dort geltenden, mit den deutschen Regelungen vergleichbaren Fremdbesitzverbotes auf dem Apothekenmarkt eingereicht.⁴ Parallel dazu hat die Kommission Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich, Spanien und Frankreich wegen der Unvereinbarkeit der dortigen Regelungen zum Fremdbesitzverbot für Apotheken mit der Niederlassungsfreiheit eingeleitet.⁵

2. Verstoß gegen Grundfreiheiten nach der Dogmatik des EuGH?

Eine ähnliche Konstellation lag auch der sog. „Optikerentscheidung“ des EuGH zugrunde: Das in Griechenland geltende Verbot für Kapitalgesellschaften, ein Optikergeschäft zu betreiben, wurde als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gewertet.⁶

* Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Prozessbevollmächtigter der 0800DocMorris N.V. im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG vor dem EuGH in den verb. Rs. C-171/07, C-172/07. Kristina Schreiber ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am ZEI.

1 EuGH – verb. Rs. C-171/07 und C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (anhängige Rechtssache).

2 VG Saarland, 20. 3. 2007 – 3 K 361/06 und 21. 3. 2007 – 3 K 364/06.

3 Siehe u. a. zu dem bisherigen Verfahrensgang Koenig/Klahn/Töfflinger, Der Fremd- und Mehrbesitz an öffentlichen Apotheken unter besonderer Berücksichtigung von EuGH, 21. 4. 2005 – Rs. C-140/03, Kommission/Griechenland („Optiker-Urteil“), GesR 2007, im Erscheinen.

4 EuGH Rs. C-531/06, Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik, ABI. C 42, 24. 2. 2007, 19 (anhängige Rechtssache).

5 Beschluss der Kommission vom 28. 6. 2006, IP/06/858 sowie Entscheidung der Kommission vom 21. 3. 2007, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich einzuleiten (NV).

6 EuGH, 21. 4. 2005 – Rs. C-140/03, Kommission/Hellenische Republik, Slg. 2005, I-3177; zur weiteren Auslegung siehe Schlussanträge des Generalanwalts Colomer vom 7. 12. 2004. Dort auch zum detaillierten Umfang des griechischen Fremdbesitzverbotes. Zur Frage der Übertragbarkeit dieser Entscheidung auf die deutschen Regelungen zum Fremd-

Schließlich ist auch für ein staatliches Monopol für Wetten und Glücksspiele die Problematik vergleichbar. Private Einrichtungen werden u. a. aus Gründen des Verbraucherschutzes von einer Erwerbstätigkeit in diesem Wirtschaftsbereich ausgeschlossen. Ein solches staatliches Monopol in Italien war Gegenstand der Verfahren *Gambelli* und *Placanica u. a.* vor dem EuGH in den Jahren 2003 und 2007.⁷

Aus diesen aktuellen Anlässen wird die in diesen Fällen im Verborgenen liegende Dogmatik des EuGH im Folgenden herausgearbeitet. Referenzbereich ist hierbei das Fremdbesitzverbot nach §§ 1, 2, 7 und 8 ApoG, das an der Niederlassungsfreiheit nach Artt. 43, 48 EG gemessen wird. Mit geringfügigen Abweichungen gelten diese Ausführungen für die anderen, vom EG-Vertrag geschützten Grundfreiheiten ebenso wie für den Ausschluss von Kapitalgesellschaften von der Erwerbstätigkeit in anderen Wirtschaftsbereichen.

II. Diskriminierung durch den kategorischen Ausschluss von Kapitalgesellschaften von der Erwerbstätigkeit

1. Das Fremdbesitzverbot beeinträchtigt die Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit nach Artt. 43, 48 EG begründet auch für Kapitalgesellschaften, die nach dem Recht eines EG-Mitgliedstaates gegründet worden sind, das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten in jedem anderen EG-Mitgliedstaat.⁸ Wird Kapitalgesellschaften anderer EG-Mitgliedstaaten die Niederlassung und damit Erwerbstätigkeit in einem EG-Mitgliedstaat in einem bestimmten Wirtschaftssektor, z. B. aus Erwägungen des Gesundheits- oder Verbraucherschutzes, untersagt, greift dies in die nach Artt. 43, 48 EG gewährte Niederlassungsfreiheit ein.

So verbieten §§ 1, 2, 7 und 8 ApoG beispielsweise den Betrieb einer Apotheke durch eine Kapitalgesellschaft.⁹ Nach § 8 Satz 1 ApoG können mehrere Personen zusammen eine Apotheke nur in der Rechtsform einer GbR oder OHG betreiben. In diesem Fall bedürfen alle Gesellschafter einer Apothekenbetriebslaubnis. Nach § 8 Satz 2 ApoG ist jegliche Beteiligung an einer Apotheke durch einen Nicht-Apotheker, also auch durch eine Kapitalgesellschaft, unzulässig. Dieses Fremdbesitzverbot hindert jede Kapitalgesellschaft sowie jede Personengesellschaft, die nicht den Anforderungen des § 8 Satz 1 ApoG entspricht, eine Apotheke in Deutschland zu betreiben. Es greift damit in die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages ein. Dem steht der Vorbehalt des Art. 152 Abs. 5 EG nicht entgegen. Die EG-Mitgliedstaaten sind dazu verpflichtet, ihre nationalen Systeme an die Grundfreiheiten des Vertrages anzupassen.¹⁰

2. Es liegt eine mittelbare Diskriminierung vor

Verboten ist zunächst jede Diskriminierung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten gegenüber Inländern. Werden Kapitalgesellschaften von einer Niederlassung im Bereich spezifischer Wirtschaftssektoren wie dem Apothekenmarkt in einem Mitgliedstaat ausgeschlossen, könnte dies eine Diskriminierung darstellen. Eine offene Diskriminierung ist gegeben, wenn eine nationale Maßnahme unmittelbar an das Merkmal der Staatsangehörigkeit anknüpft. Eine versteckte bzw. mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn die nationale Maßnahme zwar unabhängig von der Staatsangehörig-

keit gilt, aber im Wesentlichen oder ganz überwiegend Angehörige anderer Mitgliedstaaten betrifft und die unterschiedslos geltenden Voraussetzungen von Inländern leichter zu erfüllen sind als von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten. Ferner ist eine versteckte bzw. mittelbare Diskriminierung anzunehmen, wenn die Gefahr besteht, dass sich eine nationale Maßnahme besonders zum Nachteil von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirkt.¹¹

Bezogen auf das Beispiel des Fremdbesitzverbotes scheidet eine offene Diskriminierung mangels direkter Anknüpfung an das Merkmal der Staatsangehörigkeit aus. Vielmehr untersagt das Fremdbesitzverbot nach den §§ 1, 2, 7 und 8 ApoG Kapitalgesellschaften kategorisch den Betrieb einer Apotheke, während Personengesellschaften nach § 8 ApoG eine Apotheke betreiben dürfen.

a) Ausschluss von nach dem Recht anderer Mitgliedstaaten gegründeter Personengesellschaften

Diese Regelung greift jedoch mittelbar diskriminierend in die Niederlassungsfreiheit der Gemeinschaftsangehörigen ein. Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten, die nicht den Anforderungen des § 8 ApoG entsprechen, wird nämlich eine Niederlassung in Deutschland als Apothekenbetreiber kategorisch untersagt, während ausschließlich GbR nach §§ 705 ff. BGB und OHG nach § 105 HGB der Betrieb einer Apotheke gestattet wird. Ermöglicht wird der Apothekenbetrieb somit nur solchen Personengesellschaften, die nach nationalem deutschem Recht gegründet wurden. Personengesellschaften, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründet wurden, ist der Betrieb einer Apotheke hingegen versagt. Dies führt zu einer mittelbaren Unterscheidung anhand der Staatsangehörigkeit.

b) Spezifische Marktzugangsbarriere durch Versagung der Refinanzierungsmöglichkeiten einer Kapitalgesellschaft

Kapitalgesellschaften sind hingegen generell von dem Betrieb einer Apotheke ausgeschlossen. Eine Unterscheidung, ob eine Kapitalgesellschaft nach inländischem Recht oder dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründet wurde, findet nicht statt. Dennoch greift der kategorische Ausschluss von Kapitalgesellschaften mittelbar diskriminierend

besitzverbot an Apotheken siehe *Koenig/Klahn/Töfflinger*, Der Fremd- und Mehrbesitz an öffentlichen Apotheken unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 21. 4. 2005 in der Rs. C-140/03, Kommission/Griechenland („Optiker-Urteil“), GesR 2007, im Erscheinen.

7 EuGH, 6. 11. 2003 – Rs. C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031; EuGH, 6. 3. 2007 – verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica u. a.*, RIW 2007, 542, EWS 2007, 171.

8 Siehe nur grundlegend *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 5. Auflage 2006, Rdnr. 808.

9 Siehe ausführlich zu diesem sog. „Fremdbesitzverbot“ nur *Klahn/Klahn*, ZESAR 2005, 124 ff.; *Koenig/Klahn/Töfflinger*, GesR 2007, im Erscheinen; *Koenig/Meurer*, ApoR 2004, 153 ff.

10 EuGH, 16. 5. 2006 – Rs. C-372/04, *Yvonne Watts*, Slg. 2006, I-4325, Rdnrn. 146 und 147 für die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EG.

11 So die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes, siehe nur EuGH, 15. 1. 1986 – Rs. 41/84, *Pinna*, Slg. 1986, I, Rdnrn. 23 f.; EuGH, 30. 5. 1989 – Rs. 33/88, *Allué u. a.*, Slg. 1989, 1591, Rdnrn. 11 f.; EuGH, 8. 5. 1990 – Rs. 175/88, *Biehl*, Slg. 1990, 1779, RIW 1990, 846, EWS 1991, 238, Rdnr. 14; EuGH, 4. 10. 1991 – Rs. C-349/87, *Paraschi*, Slg. 1991, I-4501, Rdnr. 23; EuGH, 17. 11. 1992 – Rs. C-279/89, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg. 1992, I-5785, Rdnr. 42; EuGH, 20. 10. 1993 – Rs. C-272/92, *Spotti*, Slg. 1993, I-5185, EWS 1994, 173, Rdnr. 18; EuGH, 23. 5. 1996 – Rs. C-237/94, *O'Flynn*, Slg. 1996, I-2617, Rdnr. 18; EuGH, 30. 11. 2000 – Rs. C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, Slg. 2000, I-10497, Rdnr. 40.

in die Niederlassungsfreiheit ein: Vorliegend könnte es Angehörigen anderer Mitgliedstaaten etwa aus Gründen regelmäßig fehlender Investitionsmittel zum Aufbau einer Apotheke in einem anderen Mitgliedstaat praktisch verwehrt sein, auf dem deutschen Apothekenmarkt tätig zu werden. Den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten verwehren die deutschen Regelungen über das Fremdbesitzverbot nämlich, die erheblichen finanziellen Wagnisse des Aufbaus von Apotheken in Deutschland im Rahmen einer Kapitalgesellschaft mit den hierfür erforderlichen Refinanzierungsmöglichkeiten zu unterlegen. Das deutsche Fremdbesitzverbot stellt damit eine spezifische Marktzugangsbarriere für Angehörige anderer Mitgliedstaaten auf und greift mittelbar diskriminierend in die Niederlassungsfreiheit ein.

Die Niederlassungsfreiheit steht schließlich auch nationalen Vorschriften entgegen, die ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gelten – also Inländer und Angehörige anderer Mitgliedstaaten als Normadressaten in gleicher Weise betreffen –, die Ausübung der Freiheit aber behindern oder weniger attraktiv machen (Beschränkungsverbot).¹² Selbst wenn eine Diskriminierung verneint würde, führt das Fremdbesitzverbot nach §§ 1, 2, 7 und 8 ApoG jedenfalls zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Denn die Ausübung dieser Freiheit wird mangels der Möglichkeit des Rückgriffes auf einer Kapitalgesellschaft offenstehende Refinanzierungsmöglichkeiten behindert und weniger attraktiv gemacht.

III. Keine Rechtfertigung eines kategorischen Ausschlusses von Kapitalgesellschaften

Eine gemeinschaftsrechtliche Rechtfertigung einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit setzt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH voraus, „dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen (...): Sie müssen in nichtdiskriminierender 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.“¹³ Danach qualifizieren sich nur solche nichtdiskriminierende Maßnahmen als gerechtfertigt, die durch zwingende, geeignete Gründe des Allgemeininteresses als ultima ratio geboten sind.

Eine Rechtfertigung diskriminierender Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit kommt nach Art. 46 Abs. 1 EG in Betracht. Allerdings gilt dies nur bei Vorliegen einer „Sonderregelung für Ausländer“ und damit für offene Diskriminierungen.¹⁴

Hiervon abweichend hat der EuGH indes bisweilen auch mittelbar diskriminierende Maßnahmen als gerechtfertigt angesehen, wenn diese durch zwingende, geeignete Gründe des Allgemeininteresses als ultima ratio geboten waren.¹⁵ Zuletzt hat der EuGH in der sog. „Optikerentscheidung“ die Frage offengelassen, ob eine diskriminierende Maßnahme vorliegt, da jedenfalls eine Beschränkung gegeben war.¹⁶ Sodann prüfte der EuGH, ob diese Beschränkung durch zwingende, geeignete Gründe des Allgemeininteresses als ultima ratio geboten war. Kämen diese ungeschriebenen zwingenden Gründe des Allgemeininteresses nicht als Rechtfertigung auch mittelbar diskriminierender Maßnahmen in Be-

tracht, hätte der EuGH klären müssen, ob eine mittelbare Diskriminierung oder „nur“ eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorlag.

1. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses: Gesundheitsschutz

Mitgliedstaatliche Vorschriften, die eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit darstellen, können „aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ gerechtfertigt sein. Der Schutz der öffentlichen Gesundheit kann einen solchen „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“ ebenso darstellen wie der Verbraucherschutz.¹⁷

Dem Fremdbesitzverbot nach den §§ 1, 2, 7 und 8 ApoG liegt das Ziel des Gesundheitsschutzes zugrunde.¹⁸ Der Schutz der öffentlichen Gesundheit stellt einen legitimen Zweck für Beeinträchtigungen der Niederlassungsfreiheit dar.

2. Geeignetheit

Innerhalb der vom EG-Vertrag gesetzten Grenzen kommt den Mitgliedstaaten ein Beurteilungsspielraum über den ultima ratio-Charakter einer Maßnahme zu.¹⁹ Gleichwohl überschreitet ein Mitgliedstaat dann seinen Beurteilungsspielraum, wenn die von ihm angeführten Gründe unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit unter keinen Umständen zwingend geboten sind.²⁰ Dies ist zum einen dann

12 EuGH Rs. C-140/03, Kommission/Hellenische Republik (Fn. 6), Rdnr. 34. Ständige Rechtsprechung seit der Entscheidung des EuGH, 30. 11. 1995 – Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-14165, RIW 1996, 160, EWS 1996, 26.

13 EuGH Rs. C-55/04, Gebhard (Fn. 12), Rdnr. 37; vgl. aus ständiger Rechtsprechung des EuGH, 4. 12. 1986 – Rs. 206/84, Kommission/Irland, Slg. 1986, 3817, Rdnr. 19; EuGH, 31. 3. 1993 – Rs. C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663, Rdnr. 32; EuGH, 4. 7. 2000 – Rs. C-424/97, Haim II, Slg. 2000, I-5123, EWS 2000, 552, Rdnr. 57; EuGH, 1. 2. 2001 – Rs. C-108/96, Mac Quen u. a., Slg. 2001, I-837, EWS 2001, 130, Rdnr. 26; EuGH Rs. C-140/03, Kommission/Hellenische Republik (Fn. 6), Rdnr. 34.

14 So auch Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 1. Auflage 2003, Art. 46 EGV, Rdnr. 3.

15 Eine Rechtfertigung mittelbar diskriminierender Maßnahmen anhand dieser Formel prüfte der EuGH beispielsweise in seinem Urteil vom 13. 3. 1984 – Rs. 16/83, Prantl, Slg. 1984, 1299, RIW 1984, 302, 524, Rdnr. 21 f., 25. Siehe die Zusammenstellung bei Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Auflage 2007, Art. 28 ff. EGV, Rdnr. 82.

16 EuGH Rs. C-140/03, Kommission/Hellenische Republik (Fn. 6), Rdnr. 28: „Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass das für einen diplomierten Optiker bestehende Verbot, mehr als ein Optikergeschäft zu betreiben, trotz des angeblichen Fehlens einer Diskriminierung in Bezug auf die Staatsangehörigkeit der betroffenen Berufsangehörigen tatsächlich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen im Sinne von Art. 43 EG darstellt.“

17 Der Gesundheitsschutz wurde als zwingender Grund des Allgemeininteresses beispielsweise in EuGH Rs. C-140/03, Kommission/Hellenische Republik (Fn. 6), Rdnr. 35, geprüft, der Verbraucherschutz in EuGH verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, Placanica u. a. (Fn. 7), Rdnr. 46, 52 f.

18 Vgl. z. B. Sächsisches OVG, 8. 6. 2004 – 2 B 468/03, Rdnr. 57.

19 Siehe nur EuGH, 7. 3. 1989 – Rs. 215/87, Schumacher, Slg. 1989, 617, RIW 1989, 319, Rn. 17; EuGH, 16. 4. 1991 – Rs. C-347/89, Eurim-Pharm, Slg. 1991, I-1747, RIW 1991, 430, Rdnr. 26; EuGH, 10. 11. 1994 – Rs. C-320/93, Ortscheit, Slg. 1994, I-5243, RIW 1994, 1060, Rdnr. 16; EuGH, 11. 12. 2003 – Rs. C-322/01, Deutscher Apothekerverband/DocMorris, Slg. 2003, I-14887, EWS 2004, 72, Rdnr. 103; EuGH, 13. 7. 2004 – Rs. C-429/02, Bacardi France SAS/Télévision française 1 SA (TF1) u. a., Slg. 2004, I-6613, RIW 2004, 781, EWS 2004, 413, Rdnr. 33; EuGH, 6. 3. 2007, EuGH verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, Placanica u. a. (Fn. 7), Rdnr. 47.

20 Siehe aus ständiger Rechtsprechung des EuGH ferner EuGH Rs. 215/87, Schumacher (Fn. 19), Rdnr. 18; EuGH, 21. 3. 1991 – Rs. C-369/88, Delattre, Slg. 1991, I-1487, Rdnr. 56; EuGH Rs. C-347/89, Eurim-Pharm (Fn. 19), Rdnr. 27; EuGH Rs. C-320/93, Ortscheit (Fn. 19), Rdnr. 17; EuGH Rs. C-322/01, Deutscher Apothekerverband/DocMorris (Fn. 19),

der Fall, wenn die beeinträchtigende Maßnahme des Mitgliedstaates zur Erreichung des angestrebten Ziels von vornherein nicht geeignet ist. Zum anderen liegt ein Verstoß gegen das Übermaßverbot vor, wenn eine weniger eingriffssintensive Regulierungsmaßnahme den legitimen Zweck objektiv genauso gut oder besser zu verwirklichen vermag.

a) Eine Maßnahme ist nicht ungeeignet, weil eine andere ebenfalls geeignet ist

Ausgehend von dem Referenzbereich müsste das Fremdbesitzverbot nach §§ 1, 2, 7 und 8 ApoG geeignet sein, dem Schutz der Gesundheit als einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses zu dienen. Die Beurteilung der Geeignetheit des mitgliedstaatlichen Verbotes ändert sich nicht, auch wenn eine andere Regelung diesem Ziel dienen könnte.²¹ Wenn aber das angestrebte Ziel durch die mitgliedstaatliche Bestimmung gar nicht erreicht werden kann, ist die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die fragliche Bestimmung unter keinen Umständen zu rechtfertigen. Die Beschränkung wäre dann unverhältnismäßig.

Die für einen Ausschluss von Kapitalgesellschaften aus bestimmten Wirtschaftsbereichen vorgetragene Argumente sind zumeist gespeist aus der Sorge, die einer solchen Gesellschaft eigene Gewinnerzielungsabsicht gefährde die verfolgten Schutzzwecke.

So wird beispielsweise die Notwendigkeit eines staatlichen Wett- und Glücksspielmonopols mit der Gefahr begründet, die Durchführung von Wetten durch private Einrichtungen erhöhe die Anreize für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen²², führe zur Ausbeutung der Wettenden²³ und sei notwendig, um der Spielsucht Einhalt zu gebieten.

b) Durch das Fremdbesitzverbot soll verhindert werden, dass die Beratung des angestellten Apothekers von den wirtschaftlichen Interessen der Kapitalgesellschaft geprägt ist

Die Notwendigkeit des Fremdbesitzverbotes von Apotheken wird damit gerechtfertigt, dass der Betrieb einer Apotheke durch eine Kapitalgesellschaft den Gesundheitsschutz gefährden kann, da die pharmazeutische Beratung des bei einer Kapitalgesellschaft angestellten Apothekers von den wirtschaftlichen Interessen der Kapitalgesellschaft geprägt sei. Dadurch würde ein Mehr- und/oder Fehlgebrauch von Arzneimitteln gefördert. Ein steigender Arzneimittelkonsum wiederum gefährde die Stabilität der sozialen Sicherungssysteme. Schließlich würde der Betrieb von Apotheken durch Kapitalgesellschaften die flächendeckende Versorgung mit Arzneimitteln gefährden.

Dass die verantwortliche Leitung des Apothekenbetriebes in den Händen eines approbierten Apothekers liegen muss, ist unstrittig. Ebenso unstrittig ist in der Konstellation eines Fremdbesitzverbotes von Optikergeschäften im griechischen Recht, dass die Leitung eines Optikergeschäfts durch einen diplomierten Augenoptiker erfolgen muss.²⁴ Auch ist nicht bestritten, dass Wetten und Glücksspiele anbietende Einrichtungen Kontrollen unterliegen müssen.²⁵

c) Der angestellte Apotheker kann im gleichen Maße wie ein selbstständiger Apotheker seinen Beruf pflichtgemäß ausüben, ...

Der kategorische Ausschluss von Kapitalgesellschaften aus bestimmten Wirtschaftsbereichen ist demgegenüber

zum Teil bereits ungeeignet, die verfolgten Schutzzwecke zu erreichen. So ist beispielsweise der bei einer Kapitalgesellschaft angestellte Apotheker im gleichen Maße wie ein selbstständiger Apotheker in der Lage, seinen Beruf pflichtgemäß auszuüben und dadurch mögliche Gesundheitsgefahren für die Arzneimittelkonsumenten abzuwenden.

Der Betrieb einer Apotheke durch eine Kapitalgesellschaft erzeugt auch nicht höhere Gefahren für die öffentliche Gesundheit durch die der Gesellschaft unterstellte gesteigerte Absicht zur Gewinnerzielung.

d) ... die Nachhaltigkeit der Gewinnerzielungsabsicht kann bei einem Einzelapotheker aufgrund kurzfristiger zu erreichender Ertragsziele sogar höher sein als bei kapitalstarken Eigentümern

Zum einen ist beim Betrieb einer Apotheke durch eine Kapitalgesellschaft die Gewinnerzielungsabsicht nicht stärker ausgeprägt als beim Betrieb durch einen Einzelkaufmann oder eine Personengesellschaft. Die Gewinnerzielungsabsicht liegt zwar im Interesse der Anteilseigner und damit nicht zwingend im Interesse eines approbierten Apothekers. Die Frage, wer am Gewinn der Apotheke interessiert ist, hat aber keinen Einfluss auf die Nachhaltigkeit der verfolgten Gewinnerzielungsabsicht. Der Einzelkaufmann kann vielmehr im Vergleich zu einer Kapitalgesellschaft im Hinblick auf den Ertrag seines Geschäftes einem weitaus größeren Druck ausgesetzt sein. Aufgrund des regelmäßig besseren Zugangs zu Kapitalmärkten ist eine Kapitalgesellschaft im Vergleich zum Einzelapotheker in der Lage, den Betrieb der Apotheke auch in wirtschaftlich schwierigen Phasen über einen längeren Zeitraum aufrechtzuerhalten.²⁶

Dies gilt besonders für Apotheken, die als Kapitalgesellschaft im Rahmen einer Unternehmensgruppe geführt werden. Hier verfolgt die Holding-Gesellschaft langfristige Ziele. Im Rahmen der Unternehmensgruppe genießt die von einer Kapitalgesellschaft betriebene Apotheke einen erleichterten Zugang zu finanziellen Ressourcen. Damit ist diese Apotheke auch in der Lage, stärker in die pharmazeutische Qualität und Sicherheit nach Maßgabe langfristiger Ziele zu investieren. Nur so rechtfertigen sich die Übernahmekosten, welche die Unternehmensgruppe mit Blick auf ihre langfristigen Ziele auf sich genommen hat. Die finanziellen Risiken, die auf dem selbstständig tätigen Einzelapotheker im Rahmen seiner Investitionen in die pharmazeutische Qualität und Sicherheit tagtäglich lasten, sind demnach regelmäßig nicht geringer, sondern sogar höher als bei einer in Form der Kapitalgesellschaft betriebenen Apotheke. Daraus folgt zugleich, dass der von einem Einzelapotheker aufgrund kurzfristiger Ertragsziele ausgeübte Druck auf seine Angestellten im Tagesgeschäft höher sein kann, als dies bei

Rdnr. 104; EuGH Rs. C-429/02, Bacardi France SAS/Télévision française 1 SA (TF1) u. a. (Fn. 19), Rdnr. 33.

21 So Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl vom 11. 3. 2003 – Rs. C-322/01, Deutscher Apothekerverband/DocMorris (Fn. 19), Rdnr. 110.

22 EuGH Rs. C-243/01, Gambelli (Fn. 7), Rdnr. 67.

23 Siehe die Vorbringen der belgischen und griechischen Regierung, dargelegt in dem Urteil des EuGH Rs. C-243/01, Gambelli (Fn. 7), Rdnrn. 32, 33.

24 EuGH Rs. C-140/03, Kommission/Hellenische Republik (Fn. 6), Rdnr. 35.

25 EuGH Rs. C-243/01, Gambelli (Fn. 7), Rdnr. 74.

26 So auch Monopolkommission, BT-Drucks. 16/2460, S. 419 f., Rdnr. 1175.

einer durch eine Kapitalgesellschaft betriebenen Apotheke auf einen bei ihr angestellten Apotheker der Fall wäre.

Der deutsche Gesetzgeber hat den Apotheker im Zuge der letzten Gesetzesreformen im Rahmen seiner Vergütung für die Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel konsequent preisneutral gestellt. Der Apotheker kann beim Einkauf verschreibungspflichtiger Arzneimittel also nur im streng regulierten Umfang Effekte für den Ertrag seines Geschäftes erzielen. Der wirtschaftliche Druck auf den Apotheker wächst daher in zunehmendem Maße. In diesem Zusammenhang ist ein allgemeiner Rückgang von Investitionen in Konzepte zur pharmazeutischen Qualität und Sicherheit zu befürchten. Dieser Entwicklung können eher kapitalstarke Eigentümer entgegenwirken, da diesen Investitionsmöglichkeiten aufgrund ihres erleichterten Zugangs zu finanziellen Ressourcen offenstehen. Kapitalstarke Eigentümer sind in der Regel auch in besonderem Maße interessiert, in die pharmazeutische Qualität und Sicherheit zu investieren. Denn Sicherheitsmängel wirkten sich unmittelbar negativ auf die Markenbewertung und die Bewertung sowie das Image einer Kapitalgesellschaft insgesamt aus.

e) Das Weisungsrecht des Inhabers ist durch die zwingenden apotheken-, arzneimittel- und heilmittelwerblichen Bestimmungen begrenzt

Zum anderen unterliegt der angestellte Apotheker – unabhängig von der Rechtsform seines Arbeitgebers – denselben berufs- und standesrechtlichen Vorgaben wie der selbstständige Apotheker. Der angestellte Apotheker ist als Beauftragter und Vertreter des Apothekeninhabers zwar dessen Weisungen unterworfen. Allerdings ist der angestellte Apotheker verpflichtet, arbeitsrechtlichen Weisungen, die mit dem Berufs- und Standesrecht nicht in Einklang stehen, zu widersprechen. Das Weisungsrecht des Inhabers ist durch die zwingenden apothekenrechtlichen, arzneimittelrechtlichen und heilmittelwerblichen Bestimmungen begrenzt. Damit unterscheidet das deutsche Recht zwischen dem pharmazeutischen Kernbereich der Leitung einer Apotheke, hinsichtlich dessen eine eigene Verantwortung des leitenden angestellten Apothekers besteht, und der wirtschaftlichen Inhaberschaft des Betreibers.

Insofern erscheinen mitgliedstaatliche Vorschriften, die Kapitalgesellschaften vom Betrieb einer Apotheke ausschließen, um den durch eine höhere Gewinnerzielungsabsicht bei der Arzneimittelabgabe drohenden Gefahren für den Gesundheitsschutz vorzubeugen, für die Erreichung des angestrebten Zwecks bereits offensichtlich ungeeignet.

3. Erforderlichkeit – „Übermaßverbot“

a) Die Mitgliedstaaten sind nicht verpflichtet, das niedrigste Schutzniveau zu wählen

Die mitgliedstaatliche Verbotsregelung darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des angestrebten Zwecks erforderlich ist. Das Übermaßverbot ist nach der Rechtsprechung des EuGH verletzt, wenn „das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit (...) mit Maßnahmen erreicht werden kann, die die Niederlassungsfreiheit (...) weniger einschränken“.²⁷ Ob das Fremdbesitzverbot über das erforderliche Maß hinausgeht, liegt zunächst im Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten: „Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, das niedrigste Schutzniveau zu wählen.“²⁸ Jedoch findet der Be-

urteilungsspielraum der Mitgliedstaaten dort seine Grenze, wo das mitgliedstaatliche Verbot nicht aufgrund zwingender Gründe geboten ist, da das verfolgte Ziel mit anderen, weniger einschränkenden Maßnahmen genauso gut oder besser erreicht werden kann.

b) Etwaigen Gefahren könnte durch zwingende gesetzliche Regelungen – u. a. auch für Arbeitsverträge von verantwortlichen Apothekern – begegnet werden

Kapitalgesellschaften können durch ihren besseren Zugang zu Finanzressourcen in die Sicherstellung der in dem jeweiligen Wirtschaftsbereich verfolgten Schutzzwecke verstärkt investieren. So können Kapitalgesellschaften, die eine Apotheke betreiben, mit ihrem Kapital verstärkt in Konzepte zur Erhöhung der pharmazeutischen Sicherheit und Qualität investieren. Selbst wenn man also unterstellen würde, dass die potentiellen Gefahren, die mit dem Arzneimittelverkehr einhergehen können, beim Betrieb einer Apotheke durch eine Kapitalgesellschaft erhöht wären, könnten besondere Sorgfaltsanforderungen gesetzlich bestimmt werden. Über die berufs- und standesrechtlichen Vorgaben hinaus können die Arbeitsverträge von Apothekern, die als verantwortliche Apotheker bei einer Kapitalgesellschaft beschäftigt werden sollen, mit zwingenden, gesetzlich vorgesehenen Bestimmungen versehen werden.²⁹

c) Kapitalgesellschaft und angestellter Apotheker haben regelmäßig ein gleichgerichtetes hohes Interesse an der Einhaltung der berufs- und standesrechtlichen Vorgaben

Darüber hinaus sind die Interessen der Kapitalgesellschaft und des bei ihr angestellten Apothekers regelmäßig gleichgerichtet. Kapitalgesellschaft und Apotheker haben ein besonders hohes Interesse an der Einhaltung der berufs- und standesrechtlichen Vorgaben: Kapitalgesellschaften, die Apotheken betreiben, stehen anders als ein eine Apotheke betreibender Einzelkaufmann verstärkt im Fokus des öffentlichen Interesses. Mögliche Fehler anlässlich der Berufsausübung des Filialapothekers hätten unmittelbare Auswirkungen auf die Markenbewertung sowie die Bewertung der Kapitalgesellschaft insgesamt und deren unternehmerische Tätigkeiten, bereits ohne dass die Schwelle eines Verstoßes ge-

27 EuGH Rs. C-140/03, Kommission/Hellenische Republik (Fn. 6), Rdnr. 35. Vgl. aus ständiger Rechtsprechung des EuGH Rs. C-347/89, Eurim-Pharm (Fn. 19), Rdnr. 27; EuGH Rs. C-320/93, Ortscheit (Fn. 19), Rdnr. 17; EuGH Rs. C-322/01, Deutscher Apothekerverband/DocMorris (Fn. 19), Rdnr. 104.

28 Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl vom 11. 3. 2003 – Rs. C-322/01, Deutscher Apothekerverband/DocMorris (Fn. 19), Rdnr. 112. Siehe EuGH, 25. 7. 1991 – verb. Rs. C-1/90 und C-176/90, Aragonesa de Publicidad, Slg. 1991, I-4151, RIW 1991, 779, EWS 1993, 40, Rdnr. 16; EuGH Rs. C-429/02, Bacardi France SAS/Télévision française 1 SA (TF1) u. a. (Fn. 19), Rdnr. 40.

29 Solche gesetzlichen Determinierungen des Arbeitsvertrages könnten beispielsweise Vorschriften über den zwingenden Abschluss einer eigenen Berufshaftpflichtversicherung darstellen, mitgliedstaatliche Gesetze könnten eine Garantie der vollständigen pharmazeutischen Entscheidungsfreiheit des angestellten Apothekers sicherstellen und aufsichtsrechtlich sanktionieren. Arbeitsverträge für pharmazeutisches Hilfspersonal und sämtliche andere im Apothekenbetrieb beschäftigten Personen könnten die Vorgabe enthalten, dass die fachliche Weisungsbefugnis des Arbeitgebers auf approbierte Apotheker beschränkt ist und allein diese dem übrigen Personal in fachlichen Angelegenheiten weisungsbefugt sind. Auf diese Weise werden Gefahren für die öffentliche Gesundheit, soweit man diese unterstellt, unterbunden. Um die Einhaltung dieser Vorgaben sicherzustellen, könnten die Arbeitsverträge im Rahmen des Erlaubniserteilungsverfahrens gemäß § 2 ApoG durch die Genehmigungsbehörde beigezogen werden.

gen Berufs- und Standesrecht überschritten werden müsste. Sollte es aufgrund erheblichen Fehlverhaltens des Filialapothekers zu einer Schließung der Apotheke kommen, wären die schädlichen Folgen für die gesamte Unternehmensgruppe, insbesondere im Falle börsennotierter Aktiengesellschaften, manifest.

d) Das Fremdbesitzverbot verstößt gegen das Übermaßverbot

In Anbetracht der den Kapitalgesellschaften offenstehenden Möglichkeiten und dem bei diesen bestehenden Interesse zur Investition in Konzepte zur Wahrung und Erhöhung der pharmazeutischen Qualität und Sicherheit sowie der Möglichkeit einer gesetzgeberischen Absicherung kann die Sicherheit der pharmazeutischen Versorgungs- und Beratungsqualität vollumfänglich gewährleistet werden. Eine nationale Vorschrift, die Kapitalgesellschaften vom Betrieb einer Apotheke ausschließt, verstößt als kategorische Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit gegen das Übermaßverbot. Sie ist zum Erreichen des legitimen Zwecks nicht erforderlich. Damit kann das deutsche Fremdbesitzverbot unter keinen denkbaren rechtlichen und tatsächlichen Umständen dem Übermaßverbot standhalten.

4. Kohärenz und innere Stimmigkeit des gesetzlichen Regelungsgefüges

Zwar verfügen die Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Niveaus des gebotenen Schutzes über einen Gestaltungsspielraum, solange keine gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierungsregelungen vorliegen.³⁰ Dies entbindet aber die Mitgliedstaaten nicht von der Pflicht zu strikter Wahrung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des gewählten Risikomanagements. Insbesondere gilt für Beschränkungen das Gebot der Kohärenz und der inneren Stimmigkeit.³¹

Nach der Rechtsprechung des EuGH können Beschränkungen der Anzahl der Wirtschaftsteilnehmer im Bereich des Angebotes von Wetten und Glücksspielen zwar grundsätzlich gerechtfertigt sein, jedoch müssen sie „in jedem Fall dem Anliegen gerecht werden, die Gelegenheiten zum Spiel wirklich zu vermindern und die Tätigkeiten in diesem Bereich kohärent und systematisch zu begrenzen“.³²

a) Mildere Bestimmungen in vergleichbaren Risikozusammenhängen indizieren einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip

So ist der deutsche Gesetzgeber zwar frei, den Betrieb einer Apotheke an die Präsenz eines approbierten Apothekers (mit wissenschaftlicher Ausbildung und der Verpflichtung auf bestimmte Standespflichten) zu binden. Darüber hinausgehende strukturelle Anforderungen an den Inhaber der Apotheke müssen sich einer strikten Prüfung der Erforderlichkeit stellen und als ultima ratio geboten sein. Insoweit ist eine systemimmanente Verhältnismäßigkeitsprüfung strenger Art angezeigt.

Dabei schränken zwar nicht schon weniger eingriffsintensive Regelungen anderer Mitgliedstaaten die Gestaltungsfreiheit eines Mitgliedstaates ein. Eingeschränkt wird diese Gestaltungsfreiheit eines Mitgliedstaates jedoch sehr wohl durch weniger strikte Bestimmungen, die eben dieser Mitgliedstaat in gleichen oder vergleichbaren Risikozusammenhängen getroffen hat. Derartige mildere Regelungen indizieren einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip.³³

b) Möglichen Gefahren des externen Bereichs (Beratung) kann mit Vorgaben für dessen Organisation und Kontrolle vorgebeugt werden

Ärztliche Dienstleistungen sind für Kapitalgesellschaften oder den sonstigen Betrieb ärztlicher Praxen durch angestellte Ärzte geöffnet. Wie der EuGH in seiner „Optikerentscheidung“ ausführte, muss zwischen dem „internen“ und „externen“ Bereich eines Geschäftes unterschieden werden: Die Gefahren für den Gesundheitsschutz sind nur dort zu beheben, wo sie entstehen. Dies ist bei einer möglichen Fehlerberatung der Patienten einzig das externe Verhältnis zwischen dem Patienten und der beratenden Person, nicht hingegen die internen Verhältnisse des Betriebes, insbesondere nicht seine Rechtsform. Möglichen Gefahren des externen Bereichs kann jedoch mit bestimmten Kontrollmechanismen hinsichtlich der handelnden Personen und Vorgaben für den Ablauf und die Organisation des externen Bereichs begegnet werden.³⁴

c) Der Apothekenbetrieb und der Betrieb medizinischer Versorgungszentren mit angestellten Ärzten sind vergleichbar

Diese Wertungen stehen auch hinter Regelungen des deutschen Rechts für andere Gesundheitssektoren, die nicht weniger risikoträchtig sind als der Apothekenbetrieb. So verbietet das deutsche Recht dem wirtschaftlich unselbstständigen Arzt keineswegs die Durchführung von Heilbehandlungen. Ein Großteil der ärztlichen Leistungen wird in Deutschland in Arztpraxen und stationären Einrichtungen in Trägerschaft von Kapitalgesellschaften durch angestellte Ärzte erbracht.³⁵ So erlaubt § 95 Abs. 1 Satz 2 SGB V medizinischen Versorgungszentren mit angestellten Ärzten auch die Wahl der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft.³⁶ In Deutschland kam es zu einer Reihe von Fusionen von Krankenhausgesellschaften, ohne dass es der Gesetzgeber auch nur erwogen hat, mit einer dem Fremdbesitzverbot im Apothekerwesen entsprechenden Regelung dagegen einzuschreiten.

Der BGH hat bei der Verantwortung des Arztes und der Qualifikation seiner Tätigkeit als „freier Beruf“ darauf abgestellt, „dass der Arzt bei seiner eigentlichen Heilbehandlungstätigkeit unabhängig und weisungsfrei ist, wobei es gerade nicht darauf ankommt, in welchem Rechtsverhältnis und in welcher wirtschaftlichen Form er den Beruf ausübt“.³⁷ Im Lichte des Gesundheitsschutzes kann bei einer auf kohärente und systematische Stimmigkeit angelegten Würdigung des deutschen Rechts für den Apothekenbetrieb nichts anderes gelten.

30 Vgl. EuGH, 20. 5. 1976 – Rs. 104/75, De Peijper, Slg. 1976, 613, RIW 1976, 649, Rdnr. 14/18; EuGH Rs. C-320/93, Ortscheit (Fn. 19), Rdnr. 16; EuGH Rs. C-243/01, Gambelli (Fn. 7), Rdnr. 63; EuGH verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, Placanica u. a. (Fn. 7), Rdnr. 47.

31 EuGH Rs. C-243/01, Gambelli (Fn. 7), Rdnr. 67; EuGH verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, Placanica u. a. (Fn. 7), Rdnr. 53.

32 EuGH verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, Placanica u. a. (Fn. 7), Rdnr. 53.

33 Vgl. etwa zum deutschen „Reinheitsgebot“ EuGH, 12. 3. 1987 – Rs. 178/84, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1987, 1227, Rdnr. 49.

34 EuGH Rs. C-140/03, Kommission/Hellenische Republik (Fn. 6) und zur weiteren Auslegung Schlussanträge des Generalanwalts Colomer vom 7. 12. 2004, Rdnr. 34–38.

35 Taupitz/Schelling, NJW 1999, 1751, 1754. Siehe zur Erbringung ärztlicher Leistungen für eine Kapitalgesellschaft BGH vom 25. 11. 1993 – IZR 281/91, BGHZ 124, 224 – „GmbH-Zahnbehandlungsangebot“.

36 So ausdrücklich BT-Drucks. 15/1525, S. 107.

37 BGH, 30. 11. 1977 – IV ZR 69/76, BGHZ 70, 158, Rdnr. 24.

d) Das BVerfG hat das Fremdbesitzverbot nicht auf gesundheitsrelevante Risikozusammenhänge bei Auseinanderfallen von wirtschaftlicher Herrschaft und fachlicher Leitung, sondern auf ein gewachsenes Leitbild zurückgeführt

Von Bedeutung für das Gebot von Kohärenz und innerer Stimmigkeit des innerstaatlichen Regelungsgefüges ist, dass das gesetzliche Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“ längst brüchig geworden ist.³⁸ Hierzu gehört die Erlaubnis für den Betrieb von bis zu drei Filialapotheken (§ 1 Abs. 2, § 2 Abs. 4 und Abs. 5 ApoG). Das System der Verknüpfung von Inhaberschaft und persönlicher Kundenbetreuung durchbrechen auch die Regelungen für Krankenhausapotheken (§ 7 Satz 3 ApoG), die Vorschriften für den Versand von Arzneimitteln (§ 11a ApoG, § 17 Apothekenbetriebsordnung) und die Möglichkeit der Verpachtung und Verwaltung einer Apotheke durch die Erben des Apothekeninhabers (§ 9 Abs. 1 Ziff. 2 und Ziff. 3 ApoG, § 13 Abs. 1 ApoG). Auch insoweit erweist sich das Fremdbesitzverbot mit seinem kategorischen Verbot des Apothekenbetriebes durch Kapitalgesellschaften (und sonstige nicht den Anforderungen des § 8 ApoG entsprechende Gesellschaften) als gemeinschaftsrechtswidrig.³⁹

Für das deutsche Apothekenrecht hat das BVerfG in einer mehr als vierzig Jahre zurückliegenden Entscheidung das hinter dem deutschen Apothekengesetz stehende Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“ mit seinen Konsequenzen für Fremd- und Mehrbesitz einerseits mit „der Besonderheit des Arzneimittels“⁴⁰ und andererseits mit dem „allgemein gebilligten wirtschaftspolitischen Ziel der Förderung des Mittelstandes“⁴¹ gerechtfertigt.

Dabei räumt das BVerfG ein, dass die Verpflichtung zur persönlichen Leitung einer Apotheke Ausdruck einer gesundheitspolitischen Entscheidung ist, die eine unter mehreren verfassungsrechtlich zulässigen Lösungen darstellt.⁴² Damit wird im Grunde die Notwendigkeit der mit dem Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“ verbundenen Beschränkungen verneint. Letztlich führt das BVerfG das Fremdbesitzverbot nicht auf greifbare gesundheitsrelevante Risikozusammenhänge bei einem Auseinanderfallen von wirtschaftlicher Herrschaft und fachlicher Leitung zurück. Vielmehr stellt das BVerfG auf ein in der deutschen Rechtstradition gewachsenes Leitbild vom Apotheker ab.⁴³ Mitgliedstaatliche Rechtstraditionen, welche wie das Fremdbesitzverbot die Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften nach Artt. 43, 48 EG verletzen, sind schlichtweg aufzugeben.

IV. Pflicht zur Nichtanwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts

Führt der Ausschluss von Kapitalgesellschaften von der Erwerbstätigkeit in einem bestimmten Wirtschaftsbereich zu der Verletzung von Gemeinschaftsrecht, müssen alle mitgliedstaatlichen Behörden die gegen Gemeinschaftsrecht verstößenden nationalen Regelungen unangewendet lassen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verlangt „der Vorrang des Gemeinschaftsrechts (...), dass jede nationale Rechtsvorschrift, die einer Gemeinschaftsvorschrift entgegensteht, unangewendet bleibt“.⁴⁴ Diese Nichtanwendungspflicht folgt für alle staatlichen Organe, somit auch mitgliedstaatliche Behörden,⁴⁵ aus Art. 10 EG.⁴⁶

Diese Nichtanwendungspflicht hängt nicht davon ab, ob der Verstoß der nationalen Regelung gegen Gemeinschaftsrecht

offenkundig ist oder bereits durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft festgestellt wurde. Der EuGH beurteilte die Praxis einer mitgliedstaatlichen Behörde in der Rechtssache 167/73 vielmehr nach der „objektiven Rechtslage“.⁴⁷ Nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt verstieß eine nationale Norm gegen Gemeinschaftsrecht. Die mitgliedstaatlichen Behörden entschieden jedoch gemeinschaftsrechtskonform und ließen die entsprechende nationale Norm unangewendet. Allein die Fortgeltung der nationalen Regelung wurde als Verstoß gegen Art. 48 EG-Vertrag (jetzt Art. 39 EG) und die Verordnung Nr. 1612/68 gewertet. Die Gemeinschaftsrechtmäßigkeit des Handelns der Behörde richtete sich demgegenüber nach der objektiven Rechtslage. Auf eine Offenkundigkeit des Gemeinschaftsrechtsverstoßes kam es nicht an.

1. Maßstab ist die schlüssige Überzeugung der Behörde von der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit

Dieser Maßstab liegt auch der Entscheidung des EuGH in seinem Urteil *Fiammiferi*⁴⁸ zugrunde. Der Gerichtshof sah die mitgliedstaatliche Behörde als verpflichtet an, gemeinschaftsrechtswidriges nationales Recht nicht anzuwenden. Wie bereits das OVG Saarland⁴⁹ ausführte, war entscheidend, dass die zuständige mitgliedstaatliche Behörde „im Rahmen einer Untersuchung“ zu dem Ergebnis der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit gelangte.⁵⁰ Der von der Behörde durchgeführten Untersuchung lagen komplexe, keinesfalls evident zu klärende Rechtsfragen zugrunde. Nicht Gegenstand des Verfahrens war die Wirksamkeit einer vertraglichen Vereinbarung im Sinne von Art. 81 Abs. 2 EG: „Die den Mitgliedstaaten auf Grund der Artt. 3 Abs. 1 Buchst. g EG, 10 EG, 81 EG und 82 EG obliegenden Verpflichtungen, die sich von denen der Unternehmen aus den Artt. 81 EG und 82 EG unterscheiden, bleiben nämlich bestehen, so dass die nationale Wettbewerbsbehörde verpflichtet bleibt, die streitige nationale Maßnahme nicht anzuwenden.“⁵¹ Damit greift das Diktum des Gerichtshofes gerade nicht nur bei einem Verstoß einer nationalen Regelung gegen Art. 81 Abs. 1 EG.

38 Vgl. BGH vom 25. 4. 2002 – 4 StR 152/01, NJW 2002, 2724, 2727: Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke „möglicherweise heute nicht mehr zeitgemäß“.

39 *Kruis*, EuZW 2007, 175, 176 ff.; *Streinz/Herrmann*, EuZW 2006, 455, 458.

40 BVerfG, 13. 2. 1964 – 1 BvL 17/61, 1 BvR 494/60, 1 BvR 128/61, BVerfGE 17, 232, 249 f., Rdnrn. 43, 49.

41 BVerfG, 13. 2. 1964 (Fn. 40), Rdnr. 45.

42 BVerfG, 13. 2. 1964 (Fn. 40), Rdnr. 44.

43 BVerfG, 13. 2. 1964 (Fn. 40), Rdnrn. 37, 55.

44 EuGH, 9. 9. 2003 – Rs. C-198/01, *Fiammiferi*, Slg. 2003, I-8055, EWS 2003, 465, Rdnr. 48.

45 Vgl. aus ständiger Rechtsprechung des EuGH, 13. 7. 1972 – Rs. 48/71, *Kommission/Italien*, Slg. 1972, 529, RIW 1973, 343, Rdnrn. 5, 10; EuGH, 4. 4. 1974 – Rs. 167/73, *Kommission/Französische Republik*, Slg. 1974, 359, Rdnr. 35; EuGH, 22. 6. 1989 – Rs. 103/88, *Fratelli Costanzo*, Slg. 1989, 1839, RIW 1990, 407, Rdnrn. 30 f.; EuGH, 12. 6. 1990 – Rs. 8/88, *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*, Slg. 1990, I-2321, Rdnr. 13; EuGH, 29. 4. 1999 – Rs. C-224/97, *Ciola*, Slg. 1999, I-2517, EWS 1999, 307, Rdnr. 26; EuGH, 26. 9. 2000 – Rs. C-262/97, *Engelbrecht*, Slg. 2000, I-7321, Rdnr. 38; EuGH, 22. 5. 2003 – Rs. C-462/99, *Connect Austria*, Slg. 2003, I-5197, Rdnrn. 38, 40; EuGH Rs. C-198/01, *Fiammiferi* (Fn. 44), Rdnr. 49.

46 Siehe nur EuGH Rs. C-262/97, *Engelbrecht* (Fn. 45), Rdnr. 38; EuGH Rs. C-198/01, *Fiammiferi* (Fn. 44), Rdnr. 50.

47 EuGH Rs. 167/73, *Kommission/Französische Republik* (Fn. 45), Rdnrn. 41, 42.

48 EuGH Rs. C-198/01, *Fiammiferi* (Fn. 44).

49 OVG Saarland, 22. 1. 2007 – 3 W 15/06 und 3 W 14/06, Rdnrn. 113 ff.

50 EuGH Rs. C-198/01, *Fiammiferi* (Fn. 44), Rdnr. 50.

51 EuGH Rs. C-198/01, *Fiammiferi* (Fn. 44), Rdnr. 51.

Anzulegender Maßstab ist demnach eine schlüssig dargelegte Überzeugung der erkennenden Behörde von der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der nationalen Norm. Entscheidend ist die objektive Rechtslage nach Beurteilung durch die mitgliedstaatlichen Behörden. Wenn eine mitgliedstaatliche Behörde von der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit nationalen Rechts überzeugt ist, muss sie dieses unangewendet lassen.

2. Nichtanwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts steht nicht im Ermessen der Behörde

Eine mitgliedstaatliche Behörde kann nicht den EuGH nach Art. 234 EG um Vorabentscheidung ersuchen. Sie kann eine gemeinschaftsrechtliche Frage dem EuGH gerade nicht zur Klärung vorlegen. Würde eine Nichtanwendungspflicht verneint, stünde es allein im Ermessen der mitgliedstaatlichen Behörde, gemeinschaftsrechtswidriges nationales Recht anzuwenden oder dieses unangewendet zu lassen. Dies gälte selbst dann, wenn die mitgliedstaatliche Behörde von der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der nationalen Norm überzeugt ist. Eine mitgliedstaatliche Behörde ist jedoch von vornherein zu einem gemeinschaftsrechtskonformen Vorgehen verpflichtet. Alle nationalen Organe sind aus Art. 10 EG und dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“) verpflichtet, Gemeinschaftsrecht in vollem Umfang zu verwirklichen. Dem widerspräche es, wenn eine mitgliedstaatliche Behörde erst ein gesetzgeberisches oder gerichtliches Verfahren abzuwarten hätte.⁵²

V. Zusammenfassung

Der Ausschluss von Kapitalgesellschaften von der Erwerbstätigkeit in einem Wirtschaftsbereich nimmt in diskriminierender Weise Angehörigen anderer Mitglied-

staaten die Möglichkeit einer Niederlassung im Inland. Denn gerade diese sind auf die Kapitalgesellschaften zugänglichen Refinanzierungsmöglichkeiten angewiesen. Ein solcher Ausschluss lässt sich auch nicht mit Erwägungen rechtfertigen, die in der Befürchtung wurzeln, eine Kapitalgesellschaften eigene Gewinnerzielungsabsicht liefe wesentlich notwendig den mit einem Ausschluss verfolgten Schutzzwecken zuwider. Denn zum einen verfolgen auch Einzelpersonen bzw. Personengesellschaften und – bisweilen – auch der Staat⁵³ die Absicht, Gewinne zu erzielen. Zum anderen kann durch den weitergehenden Zugang von Kapitalgesellschaften zu finanziellen Ressourcen gerade in die Sicherstellung und Verbesserung der verfolgten Schutzzwecke investiert werden.

Verstößt eine mitgliedstaatliche, Kapitalgesellschaften diskriminierende oder beschränkende Regelung gegen Gemeinschaftsrecht, ist jedes staatliche Organ zur Nichtanwendung der entsprechenden mitgliedstaatlichen Regelungen verpflichtet. Diese Pflicht ist nicht abhängig von einer Offenkundigkeit des Verstoßes oder einer vorherigen Feststellung durch den EuGH.

52 Dies betont der EuGH in ständiger Rechtsprechung für die Entscheidungsbefugnis nationaler Gerichte, siehe nur EuGH, 9. 3. 1978 – Rs. 106/77, Staatliche Finanzverwaltung/SPA Simmenthal, Slg. 1978, 629, RIW 1978, 533, Rdnr. 24; EuGH, 8. 6. 2000 – Rs. C-258/98, Giovanni Carra, Slg. 2000, S. I-4217, EWS 2000, 368, Rdnr. 16.

53 Eingängig insoweit die Formulierung des EuGH verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, Placanica u. a. (Fn. 7), Rdnr. 54: „Im vorliegenden Fall steht es jedoch nach der Rechtsprechung der Corte suprema di cassazione fest, dass der italienische Gesetzgeber im Glücksspielsektor eine expansive Politik mit dem Ziel betreibt, die Staatseinnahmen zu erhöhen, und dass die italienischen Rechtsvorschriften weder mit dem Ziel einer Beschränkung der Spiel Leidenschaft der Verbraucher noch mit dem einer Eindämmung des Spielangebots gerechtfertigt werden können.“