

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“)

Prof. Dr. Christian Koenig/Daniela Klahn/Christina Töfflinger, Bonn

Das deutsche Apothekenrecht wird maßgeblich geprägt von dem gesetzlichen Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“. Danach soll der selbstständige Apotheker sowohl in pharmazeutischer als auch in wirtschaftlicher Hinsicht für die von ihm betriebene Apotheke persönlich selbst verantwortlich sein. Insbesondere in einem strikten Fremd- und Mehrbesitzverbot an Apotheken hat dieses Leitbild in der Vergangenheit seinen Ausdruck gefunden. Das Mehrbesitzverbot, also das Verbot, als Apotheker jeweils mehr als eine Apotheke zu betreiben, ist im Zuge der vorletzten Gesundheitsreform (GMG) an zahlreichen entscheidenden Punkten gelockert worden. Derzeit steht – hervorgerufen durch rechtliche und tatsächliche Ereignisse auf dem deutschen Apothekenmarkt – zweifellos das vom deutschen Gesetzgeber bislang ungetastete Fremdbesitzverbot an Apotheken im Mittelpunkt der aktuellen rechtswissenschaftlichen Diskussion zum Apothekenrecht.

I. Einleitung

Im Juli 2006 erteilte das Saarländische Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales einer niederländischen Aktiengesellschaft, die in den Niederlanden auf niederländischer Rechtsgrundlage eine Apotheke betreibt, die Erlaubnis, eine Filialapotheke im Saarland zu eröffnen. Die Erlaubnis erging unter der Auflage, dass die Verpflichtung zur persönlichen Leitung dieser Apotheke in eigener Verantwortung der verantwortlichen Apothekerin als Privatperson obliegen müsse. Im August 2006 wurde gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO der Sofortvollzug des Erlaubnisbescheides angeordnet. Gegen den Erlaubnisbescheid sind mehrere Drittanfechtungsklagen anhängig. Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes wurde – unter Zurückweisung der Anträge im Übrigen – durch Beschluss des Verwaltungsgerichtes (VG)¹ die aufschiebende Wirkung der Drittanfechtungsklagen gemäß §§ 80a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, 80 Abs. 4 VwGO wiederhergestellt und die Erlaubnisbehörde verpflichtet, der niederländischen Aktiengesellschaft die Schließung der von ihr betriebenen Filialapotheke bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache aufzugeben. Gegen den Beschluss des VG wendeten sich im Beschwerdeverfahren vor dem Oberverwaltungsgericht (OVG) sowohl die Erlaubnisbehörde als Antragsgegnerin als auch die Antragsteller² und die niederländische Aktiengesellschaft als Beigeladene des Verwaltungsrechtsstreits. Das OVG hat mit rechtskräftigem Beschluss³ die Anträge der Antragsteller insgesamt zurückgewiesen. Damit ist die niederländische Aktiengesellschaft berechtigt, auf der Grundlage der Erlaubnis vom Juli 2006 die Filialapotheke bis zur Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache unter Berücksichtigung der ergangenen Auflagen zu betreiben. Dem Beschluss des OVG zufolge ist die erteilte Apothekenbetriebslaubnis rechtmäßig, weil die einschlägigen Bestimmungen des Apothekengesetzes (ApoG), wonach Kapitalgesellschaften der Betrieb einer

Apotheke untersagt ist, aufgrund entgegenstehender gemeinschaftsrechtlicher Regelungen nicht anwendbar sind. Das OVG stützte seine nach summarischer Prüfung ergangene Entscheidung auf zwei zentrale Erwägungen: Zum einen sei eine mitgliedstaatliche Behörde befugt, nationale Vorschriften unangewendet zu lassen, wenn sie die Bestimmung für gemeinschaftsrechtswidrig erachtet. Wenn sich – wie hier – der Einzelne auf eine Bestimmung des EG-Vertrages berufen kann, sei sogar von einer Nichtanwendungspflicht der Behörde auszugehen.⁴ Dies sei auch bei rechtlich komplexen Sachverhalten der Fall und nicht lediglich bei evidenter Gemeinschaftsrechtswidrigkeit. Das OVG verweist insofern auch auf eine entsprechende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG), wonach zwar keine Nichtigkeit der nationalen Regelung anzunehmen sei, wohl aber die Behörde für den Zeitraum des Widerspruchs mit dem Gemeinschaftsrecht einer Nichtanwendungspflicht unterliege.⁵ Den Fachgerichten steht nach Überzeugung des Senats eine umfassende Prüfungs- und Verwerfungskompetenz zu, woran auch die Möglichkeit einer Vorlage zur Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) gem. Art. 234 EG nichts ändere. Eine einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahr 1964, in der seinerzeit das Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“ entwickelt worden sei, könne als überholt angesehen werden.⁶

Zum anderen besteht der Überzeugung des OVG zufolge eine Übertragbarkeit der in der „Optiker-Entscheidung“⁷ gewonnenen Erkenntnisse des EuGH auf den streitgegenständlichen Sachverhalt. Der EuGH hatte in dem auf Optikergeschäfte bezogenen griechischen Fremd- und Mehrbesitzverbot einen Verstoß gegen die gemeinschaftsweite Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EG erblickt. Eine Beschränkung dieser Grundfreiheit durch die griechischen Vorschriften, die Fremd- und Mehrbesitzverbote bzw. -beschränkungen vorsahen, war nach

▷ Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen-Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn, Daniela Klahn und Christina Töfflinger sind Doktorandinnen von Professor Koenig.

1 VG Saarland, Beschl. v. 12.9.2006 – 3 F 38/06.

2 Die Apothekerkammer des Saarlandes, ein eingetragener Verein „zur Wahrung und Förderung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Interessen der Apothekerschaft innerhalb des Gebietes der Bundesrepublik Deutschland“ (Deutscher Apothekerverband (DAV) e.V.) (beide nach Auffassung des VG und des OVG ohne Klagebefugnis, die entsprechende Klage im Hauptsacheverfahren also unzulässig), sowie mehrere selbstständige Apotheker.

3 OVG Saarland, Beschl. v. 22.1.2007 – 3 W 14/06.

4 Unter Verweis auf die st. Rspr. des EuGH, insbesondere in der Rs. C-198/01 – *Fiammiferi*.

5 BVerwG, Urt. v. 29.11.1990 – 3 C 77/87, NVwZ 1992, 783.

6 BVerfG, Urt. v. 13.9.1964 – 1 BvL 17/61, BVerfGE 17, 232 (239 f.).

7 EuGH, Urt. v. 21.4.2005 – Rs. C-140/03 – *Kommission/Griechenland*.

Der Fremd- und Mehrbesitz an öffentlichen Apotheken

dem EuGH durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses nicht zu rechtfertigen und zudem unverhältnismäßig. Zur Wahrung der schützenswerten Interessen stehen nach Erkenntnissen des EuGH in dieser Entscheidung mildere Mittel zur Verfügung, beispielsweise eine Verpflichtung zur Anwesenheit eines diplomierten Optikers im Geschäft in einem Angestellten- oder Gesellschafterverhältnis. Das OVG erkennt in seiner Entscheidung eine „identische Problemstruktur“ beider Fälle, da die mitgliedstaatlichen Vorschriften jeweils auf Verbote und Beschränkungen (des Fremd- und Mehrbesitzes) und nicht auf eine Kontrolle der Geschäftstätigkeit abstellen. Obwohl die in Betracht zu ziehende Gefahr für die öffentliche Gesundheit in beiden Fällen in einer möglichen Fehlberatung der Patienten liege, knüpfte die nationale Vorschrift an die Eigentumsverhältnisse des Betriebes und nicht an die Qualifikation des beratenden Personals an. Dies verstößt dem Senat zufolge gegen das Übermaßverbot. Dabei erkennt der Senat drei möglicherweise relevante Argumente gegen eine Übertragbarkeit der Entscheidung des Gerichtshofes im „Optiker-Fall“ auf den streitigen Sachverhalt:

1. ein von der Arzneimittelabgabe ausgehendes Gesundheitsrisiko, das möglicherweise höher ist als das Risiko im Zusammenhang mit den Dienstleistungen eines Optikers,
2. eine höhere Verantwortung des Apothekers für die öffentliche Gesundheit und
3. eine stärkere Kommerzialisierungsgefahr der Apothekertätigkeit.

Alle drei Argumente werden in der Entscheidung des OVG entkräftet. Die nach den Erkenntnissen des Senats tatsächlich höhere Gesundheitsgefahr im Zusammenhang mit der Arzneimittelabgabe gegenüber dem Optikergeschäft lässt sich dem Gericht zufolge durch die verpflichtende Beschäftigung qualifizierten Personals eindämmen. Zumal Restriktionen, wie sie für Apotheken nach dem ApoG gelten, im Rahmen der gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Regelungen für andere Berufe des Gesundheitswesens, z.B. für Ärzte, nicht bestünden. Die gesellschaftliche Verantwortung für die Volksgesundheit kann dem Senat zufolge gleichermaßen von einem angestellten Apotheker wahrgenommen werden, der die gleiche Ausbildung wie ein Apothekeninhaber durchlaufen habe. Der Kommerzialisierungsgefahr könne zudem mit verschiedenen Kontrollmechanismen begegnet werden.

Im Hauptsacheverfahren hat das VG dem EuGH mittlerweile folgende Fragen zur Vorabentscheidung gem. Art. 234 EG vorgelegt:⁸ Zum einen stellt das VG die Frage, ob die Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften so ausgelegt werden muss, dass sie einem Fremdbesitzverbot für Apotheken, wie es im deutschen Apothekengesetz in § 2 Abs. 2 Ziff. 1–4 und 7, § 7 S. 1 und § 8 S. 1 ApoG enthalten ist, entgegensteht. Für den Fall der positiven Beantwortung dieser Frage möchte das VG wissen, ob die nationale Behörde auf Grundlage von Art. 10 EG verpflichtet ist, die gemeinschaftsrechtswidrige Norm unangewendet zu lassen, auch wenn es sich nicht um einen evidenten Verstoß handelt und die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit noch nicht durch den

EuGH festgestellt worden war. Das VG führt aus, dass – gemessen an nationalem Recht – die der niederländischen Kapitalgesellschaft erteilte Betriebserlaubnis zwar nicht nichtig, aber zumindest rechtswidrig sei. Entscheidungserheblich ist daher, ob die genannten Vorschriften des Apothekengesetzes zur Anwendung kommen können. Inhaltlich äußert das VG seine Zweifel an einer Übertragbarkeit der Rechtsprechung zu griechischen Optikern auf das deutsche Apothekenrecht. Insbesondere stellt das VG hierbei auf die höheren Gesundheitsgefahren ab, die bei der Abgabe von Arzneimitteln im Gegensatz zum Betrieb eines Optikergeschäfts bestehen. Ferner stellt das VG auf das vom BVerfG im Jahr 1964 aufgestellte Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“ ab.⁹ In Bezug auf die zweite Vorlagefrage äußert die Kammer ihre Bedenken hinsichtlich einer Befugnis der nationalen Behörde, nationales Recht unangewendet zu lassen. Ihrer Ansicht nach liege hier kein evident oder offenkundiger Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vor, der jedoch für eine solche Nichtanwendungsbefugnis erforderlich sei.

II. Rechtliche Beurteilung

1. Auswirkungen der Beschlüsse der saarländischen Verwaltungsgerichte auf die Genehmigungspraxis nach §§ 1, 2 ApoG durch die Erlaubnisbehörden anderer Bundesländer

Der Beschluss des OVG ist zwar rechtskräftig,¹⁰ entfaltet Rechtswirkungen grundsätzlich aber dennoch ausschließlich „interpartes“, d.h. für und gegen die Verfahrensbeteiligten und den im Verfahren anhängig gemachten Streitgegenstand im vorläufigen Rechtsschutz. Die Genehmigungsbehörden anderer Bundesländer sind weder an die Rechtsauffassung der saarländischen Behörde noch an den Beschluss des OVG gebunden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 GG, wonach sich die an Recht und Gesetz gebundenen Behörden des Bundes und der Länder gegenseitig Amts- und Rechtshilfe leisten.¹¹ Es ist nicht auszuschließen, dass die zuständige Erlaubnisbehörde eines anderen Bundeslandes nicht von einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der entsprechenden Vorschriften des ApoG ausgeht und einen gleich gelagerten Antrag auf Erteilung einer Apothekenbetriebserlaubnis ablehnt. In diesem Fall bestünde für den jeweiligen Antragssteller die Möglichkeit, eine Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 VwGO vor dem zuständigen Verwaltungsgericht zu erheben. Gegen die (versagenden) Urteile der Verwaltungsgerichte anderer Bundesländer ist gem. § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO die Berufung zulässig. Dieser Zulassungsgrund ist gegeben, weil in diesen Fällen stets von der Entscheidung eines OVG abgewichen würde. Daraus ergibt sich eine *faktische* „erga-omnes-Wirkung“ des OVG-Beschlusses. Die Verwaltungsgerichte anderer Bundesländer sind gehalten, sich mit der Entscheidung des OVG bei ihrer Rechtsfindung auseinanderzusetzen und eine abweichende Entscheidung dezidiert zu begründen. Da der Beschluss des OVG seinerseits umfangreich begründet wurde, dürfte ein solches Vorgehen einigen Aufwand rechtlicher und tatsächlicher Art bedeuten. Es spricht einiges dafür, dass die Verwaltungsgerichte anderer Bundesländer einer entsprechenden Verpflichtungsklage stattgeben.

Voraussetzung der Beantragung einer Apothekenbetriebserlaubnis gem. §§ 1, 2 ApoG für die Filiale einer Hauptapotheke, die im Fremdbesitz betrieben wird, ist

⁸ VG Saarland, Vorlagebeschluss v. 20.3.2007 – 3 K 361/06.

⁹ BVerfG, Urt. v. 13.2.1964 – 1 BvL 17/61.

¹⁰ Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, § 121 Rz. 4.

¹¹ Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, § 121 Rz. 24 (14. Aufl.), andere Ansicht noch in der 13. Auflage, gleiche Fundstelle. Für eine allgemeine Bindungswirkung auch: Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., § 38, 27.

Der Fremd- und Mehrbesitz an öffentlichen Apotheken

aber zwingend ein grenzüberschreitender Sachverhalt. Ausschließlich durch EG-Ausländer gestellte Anträge können eine Überprüfung der Vorschriften des ApoG am Maßstab des Gemeinschaftsrechts auslösen. Für potenzielle inländische Wettbewerber sind die Vorgaben des ApoG nach den Grundsätzen zur Inländerdiskriminierung ohne weiteres bindend. Die Vorabentscheidung des EuGH wird gegenüber den mitgliedstaatlichen Behörden insofern Bindungswirkung entfalten, als Art. 10 EG den Mitgliedstaaten eine Unterstützungspflicht bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts auferlegt. Dies dient – dem Sinn und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens entsprechend – der Sicherung einer einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts.

2. Übertragbarkeit der EuGH-Entscheidung im sog. „Optiker-Urteil“ auf den streitigen apothekenrechtlichen Sachverhalt

Der EuGH hatte sich im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens mit der Frage zu beschäftigen, ob das auf Optikergeschäfte bezogene griechische Fremd- und Mehrbesitzverbot, das dem deutschen Fremd- und Mehrbesitzverbot an Apotheken ähnlich ist, mit den Gemeinschaftsrecht vereinbar sei.

In seinem dazu ergangenen „Optiker-Urteil“ kam der Gerichtshof zu folgendem Ergebnis (Leitsätze):

(1) Ein Mitgliedstaat, der nationale Rechtsvorschriften erlässt und aufrechterhält, die es einem diplomierten Optiker als natürlicher Person nicht erlauben, mehr als ein Optikergeschäft zu betreiben, verstößt gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 43 EG. Eine solche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen kann nicht mit dem Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt werden, da sie über das hinausgeht, was erforderlich ist, um dieses Ziel zu erreichen (vgl. Rz. 35–36, 38 des Urteils).

(2) Ein Mitgliedstaat, der nationale Rechtsvorschriften erlässt und aufrechterhält, die die Möglichkeit, dass eine juristische Person ein Optikergeschäft eröffnet, von den Voraussetzungen abhängig machen,

- dass die Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb des Optikergeschäfts auf den Namen eines anerkannten Optikers als natürlicher Person ausgestellt wird, dass die Person, die die Erlaubnis für den Betrieb des Geschäfts besitzt, mit mindestens 50 Prozent am Gesellschaftskapital sowie an den Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft beteiligt ist, dass die Gesellschaft die Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft hat und
- dass der betreffende Optiker höchstens noch an einer anderen Gesellschaft beteiligt ist, die Eigentümer eines Optikergeschäfts ist, vorausgesetzt, dass die Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb des Geschäfts auf den Namen eines anderen anerkannten Optikers ausgestellt ist,

verstößt gegen seine Verpflichtungen aus den Artikeln 43 EG und 48 EG. Eine solche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit juristischer Personen ist nicht durch das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt, da sie über das hinausgeht, was erforderlich ist, um dieses Ziel zu erreichen (vgl. Rz. 35–36, 38 des Urteils).

Der Sachverhalt, über den der EuGH im „Optiker-Urteil“ entschieden hat, ist mit der rechtlichen Situation im Hinblick auf das absolute Verbot des Fremdbesitzes an Apotheken und des nur eingeschränkt zulässigen Apothekenmehrbesitzes¹² vergleichbar, bei einer näheren Be-

trachtung werden allerdings auch vereinzelt Unterschiede deutlich.

In Griechenland war der Betrieb eines Optikergeschäftes, entsprechend den Vorgaben für den Betrieb einer Apotheke gem. § 1 Abs. 2 ApoG, von einer Erlaubnis der zuständigen Behörde abhängig. Diese Genehmigung konnte wie auch die Apothekenbetriebserlaubnis gem. § 1 Abs. 3 ApoG ausschließlich auf eine natürliche Person ausgestellt werden, die bestimmte rechtliche Voraussetzungen für den Betrieb eines Optikergeschäftes erfüllen musste, und war nicht übertragbar. Auch für die Erteilung einer Apothekenbetriebserlaubnis muss der Antragsteller die Erfüllung bestimmter gesetzlicher Anforderungen nachweisen, die eine Erlaubniserteilung auf natürliche Personen beschränken: die Approbation als Apotheker, § 2 Abs. 1 Nr. 3 ApoG, persönliche Zuverlässigkeit, § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG und gesundheitliche Eignung, § 2 Abs. 1 Nr. 7 ApoG.

Die im „Optiker-Fall“ streitgegenständlichen griechischen Regelungen sahen auch dem deutschen Apothekenrecht ähnliche Regelungen im Hinblick auf den Fremd- und Fremdbesitz von Optikergeschäften vor. Griechischen Optikern war es danach untersagt, mehr als ein Optikergeschäft zu betreiben (absolutes Mehrbesitzverbot). Zum anderen war der Betrieb eines Optikergeschäftes durch eine juristische Person an enge Voraussetzungen geknüpft (eingeschränkte Möglichkeit des Fremdbesitzes). In Deutschland gilt demgegenüber seit dem 1.1.2004 mit § 2 Abs. 4, 5 ApoG eine Regelung, die den Betrieb mehrerer Apotheken unter engen Voraussetzungen zulässt (eingeschränkter Mehrbesitz). Im Hinblick auf das absolute Fremdbesitzverbot ist das deutsche Apothekengesetz strenger. Während in Griechenland der Betrieb eines Optikergeschäftes durch eine Kapitalgesellschaft unter bestimmten (jedoch sehr eng gefassten) Voraussetzungen möglich war, sieht das deutsche Recht eine solche Möglichkeit nicht vor:

Da die Vorschriften der §§ 1, 2 ApoG für sich noch nicht sicherstellen, dass der Inhaber der Apothekenbetriebserlaubnis persönlich und wirtschaftlich in eigener Person für seine Apotheke auch selbst verantwortlich ist verbietet § 8 S. 1 ApoG die Beteiligung von Nichtapothekern an Gesellschaften, deren Zweck auf den Betrieb einer Apotheke gerichtet ist. Als zulässige gesellschaftliche Zusammenschlüsse sieht das ApoG lediglich zwei Personengesellschaften¹³ vor. Selbst das ist jedoch an die Bedingung geknüpft, dass jeder Gesellschafter Inhaber einer Apothekenbetriebserlaubnis ist, also die durch §§ 1, 2 ApoG aufgestellten Voraussetzungen in eigener Person erfüllt. Ausgeschlossen ist daher der Betrieb einer Apotheke in Form einer Kapitalgesellschaft. Das ApoC untersagt darüber hinaus nicht nur die Gründung vor und die Beteiligung an entsprechenden Gesellschaften sondern auch jegliche sonstige finanzielle Beteiligung an einer Apotheke: Nach § 8 S. 2 ApoG sind sowohl Beteiligungen an einer Apotheke in Form einer Stillen Gesellschaft (§ 230 HGB) verboten als auch sog. „partiarische Vereinbarungen“, also „Vereinbarungen, bei denen die Vergütung für dem Erlaubnisinhaber gewährte Darlehen oder sonst überlassene Vermögenswerte am Umsatz oder am Gewinn der Apotheke ausgerichtet ist, insbesondere auch am Umsatz oder am Gewinn ausgerichtete Mietver-

12 Gemäß § 1 Abs. 2 ApoG kann jede Apotheke maximal drei Filialen haben, die wiederum gem. § 2 Abs. 4 Nr. 2 ApoG innerhalb desselben Landkreises oder in benachbarten Kreisen liegen müssen.

13 Gesellschaft bürgerlichen Rechts gem. § 705 BGB und Offene Handelsgesellschaft gem. § 105 HGB.

Der Fremd- und Mehrbesitz an öffentlichen Apotheken

träge“. Durch eine solche Konstruktion könnte ein Nichtapotheker de facto wirtschaftlicher Betreiber einer Apotheke sein, obwohl de iure ein Apotheker Betreiber ist.

Fraglich ist, was unter den sonstigen „Vereinbarungen“ des § 8 S. 2 ApoG zu verstehen ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss die Vergütung für Darlehen und sonst überlassene Vermögenswerte am Umsatz oder am Gewinn der Apotheke „ausgerichtet“ sein. Aus dieser Formulierung kann gefolgert werden, dass zwischen Vergütung und Gewinn bzw. Umsatz ein bestimmtes Abhängigkeitsverhältnis bestehen muss, damit die Vereinbarung unter das Verbot zu subsumieren ist. Im Hinblick auf den Normzweck des in § 8 ApoG festgeschriebenen Fremdbesitzverbotes – die Verhinderung fachfremden Einflusses auf das mit der Arzneimittelabgabe zusammenhängende Geschäft – könnte eine Auslegung unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher (Art. 12 Abs. 1 GG) bzw. gemeinschaftsrechtlicher (Art. 43 Abs. 1 EG) Vorgaben zu dem Ergebnis führen, dass nur solche Vereinbarungen von der Verbotsnorm umfasst werden, die dem Kapitalgeber über eine umsatz- bzw. gewinnorientierte Vergütung hinaus auch die Möglichkeit zur Einflussnahme auf die pharmazeutischen Entscheidungen eröffnen. Der demgegenüber eindeutige Wortlaut des Normtextes in § 8 Abs. 1 ApoG – der den Betrieb einer Apotheke durch eine Apotheke explizit auf bestimmte Personengesellschaften beschränkt – stellt jedoch die Grenze für eine Auslegung unter Berücksichtigung von Bedeutungszusammenhang, Telos und Historie des Gesetzes dar.¹⁴

Die Interessen und Schutzkonstellationen im ApoG in Bezug auf Fremd- und Mehrbesitz an Apotheken in Deutschland sind also nicht deckungsgleich mit den im „Optiker-Fall“ des EuGH streitgegenständlichen griechischen Vorgaben für Optikergeschäfte. Es besteht jedoch eine vergleichbare Interessenslage, da beide mitgliedstaatlichen Regelungskomplexe Vorschriften beinhalten, die es (EG-ausländischen) Kapitalgesellschaften erschweren bzw. unmöglich machen, sich auf dem jeweiligen Markt zu etablieren.

a) Fremdbesitzverbot

Die griechischen Regelungen ließen – wenn auch unter restriktiven Voraussetzungen – den Betrieb eines Optikergeschäftes durch eine Kapitalgesellschaft zu, sodass die Erkenntnisse des Gerichtshof zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit dieser Vorschriften erst recht auch für das strengere deutsche Apothekenrecht gelten müssen, sofern sich nicht im Rahmen der Prüfung möglicher Rechtfertigungsgründe für das deutsche Apothekenrecht etwas anderes ergibt.

Die in Art. 43 EG festgeschriebene Niederlassungsfreiheit begründet das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeit natürlicher und juristischer Personen (Art. 48 EG) sowie zur Gründung und

Leitung von Unternehmen und Niederlassungen in einem anderen Mitgliedstaat. Von der Niederlassungsfreiheit umfasst wird zunächst das Gebot, EG-Ausländer unterschiedslos wie Inländer zu behandeln. Die Niederlassungsfreiheit erschöpft sich jedoch nicht in diesem Diskriminierungsverbot, sondern wurde vom EuGH zu einem Beschränkungsverbot weiterentwickelt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH steht Art. 43 EG auch jeder mitgliedstaatlichen Regelung entgegen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar, aber geeignet ist, die Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit durch die Gemeinschaftsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.¹⁵ Für den im „Optiker-Fall“ entschiedenen Sachverhalt stellte der EuGH fest, dass die für eine juristische Person bestehende Möglichkeit zur Eröffnung eines Optikergeschäftes unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EG nicht von der Voraussetzung abhängig gemacht werden darf, dass die erforderliche behördliche Erlaubnis auf eine natürliche Person ausgestellt ist und diese Person mit mindestens 50 Prozent an Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt ist. Die insofern noch restriktivere Vorschrift des § 8 Abs. 1 ApoG, wonach Apothekengesellschaften ausschließlich von *Apothekern*, und zwar ausschließlich in Form von bestimmten *Personengesellschaften* gegründet werden können, stellt danach auch eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EG dar. EG-ausländischen Kapitalgesellschaften wird es damit unmöglich gemacht, in Deutschland Apotheken zu betreiben.

Mit der Frage, wie die Beteiligungsverhältnisse an einer ein Optikergeschäft betreibenden Kapitalgesellschaft durch den Mitgliedstaat ausgestaltet werden können, musste sich der EuGH in seiner Entscheidung zwar nicht befassen.¹⁶ Im Leitsatz seiner Entscheidung stellt der EuGH aber fest, dass die Niederlassungsfreiheit juristischer Personen gem. Art. 43, 48 EG jedenfalls einer Beschränkung auf bestimmte Rechtsformen von Personengesellschaften entgegensteht.

Fraglich ist, inwiefern die Erwägungen des Gerichtshofes im „Optiker-Urteil“ zur Frage einer möglichen Rechtfertigung der dargestellten Beschränkungen auf die rechtliche Situation des Fremdbesitzes an deutschen Apotheken übertragen werden können. Eine mitgliedstaatliche Regelung, die geeignet ist, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu behindern oder zu erschweren, kann aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, vorausgesetzt, dass sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zweckes zu gewährleisten und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich ist.¹⁷ Griechenland hatte sich im „Optiker-Fall“ darauf berufen, dass die Einschränkung der Möglichkeiten zum Fremdbesitz von Optikergeschäften durch das gesetzlich bestimmte hohe Niveau einer Beteiligung durch Optiker am Gesellschaftskapital die Gefahr einer vollständigen Kommerzialisierung der Geschäfte für optische Artikel fernhalte. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit müsse mit der Notwendigkeit in Einklang gebracht werden, die öffentliche Gesundheit zu schützen.¹⁸ Der Gerichtshof stellte dazu fest, dass das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit insoweit auch mit Maßnahmen erreicht werden kann, welche die Niederlassungsfreiheit sowohl natürlicher als auch juristischer Personen weniger einschränken, beispielsweise durch das Erfordernis, dass in jedem Optikergeschäft als Arbeitnehmer oder Gesellschafter diplomierter Optiker anwesend sein müssen. Die streitigen Beschränkungen

14 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 343 ff.

15 EuGH, Urt. v. 21.4.2005 – Rs. C-140/03, Rz. 27 – *Kommission/Griechenland* mit umfänglichem Hinweis auf seine Rechtsprechung.

16 Ein entsprechendes Gesetz zur Änderung der griechischen Rechtslage – wonach nunmehr auch eine Kapitalgesellschaft ein Optikergeschäft betreiben kann, sofern die Mehrheit der Gesellschaftsanteile in der Hand von Optikern sind – war nach Ablauf der Frist für diesbezügliche Stellungnahmen im Vertragsverletzungsverfahren erlassen worden. EuGH, Urt. v. 21.4.2005 – Rs. C-140/03, Rz. 21, 22 – *Kommission/Griechenland*.

17 EuGH, Urt. v. 21.4.2005 – Rs. C-140/03, Rz. 34 – *Kommission/Griechenland*.

18 EuGH, Urt. v. 21.4.2005 – Rs. C-140/03, Rz. 33 – *Kommission/Griechenland*.

Der Fremd- und Mehrbesitz an öffentlichen Apotheken

zum Fremdbesitz an Optikergeschäften gehen nach Auffassung des EuGH über das hinaus, was zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich ist und sind demnach nicht gerechtfertigt.¹⁹

Für eine Übertragung dieser Rechtfertigungssystematik spricht eine ähnliche Problemstruktur. In *beiden Fällen* stellte der mitgliedstaatliche Gesetzgeber auf Verbotsnormen ab, statt den Betrieb eines Optikergeschäftes oder einer Apotheke durch eine Kapitalgesellschaft an besondere Kontrollmechanismen zu knüpfen. In *beiden Fällen* vermischen die mitgliedstaatlichen Vorschriften die Regelung der Eigentumsverhältnisse am Betrieb mit den Regelungen über die jeweils vorzunehmende Dienstleistung. In *beiden Fällen* gehen die potenziellen Gefahren für die öffentliche Gesundheit jedoch in erster Linie von der Dienstleistung des Optikers oder Apothekers aus, die insbesondere in der Beratung des Patienten und der Entscheidung über das konkret abzugebende Produkt bestehen. Eine Übertragung der Urteilsgründe bietet sich daher an. Die Ausführungen des Generalanwaltes in seinen Schlussanträgen²⁰ bilden den Auslegungsmaßstab für das Urteil des EuGH, sofern der Gerichtshof den Schlussanträgen in seiner Entscheidung nicht widerspricht. Wie das OVG in seinem Beschluss ausführlich darlegt, hat sich der Generalanwalt klar für eine Übertragung einer gemeinschaftsrechtlichen Bewertung der griechischen Vorschriften auf das deutsche Apothekenrecht ausgesprochen (vgl. Beschluss des OVG ab S. 36). So verglich der Generalanwalt beispielsweise die griechische Regel „*ein Fachmann pro Betrieb*“ mit der deutschen Regel „*ein Apotheker in seiner Apotheke*“.²¹

Daneben gibt es jedoch auch Gründe, die gegen eine Übertragung sprechen können. Relevant kann in diesem Zusammenhang insbesondere das Argument werden, von dem Geschäft mit Arzneimitteln gehe eine höhere Gesundheitsgefahr aus als von dem Geschäft mit optischen Artikeln. Zweck des Fremdbesitzverbotes nach § 8 S. 1 ApoG ist die Sicherstellung einer qualitativ hochwertigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln durch eine unabhängige und sachverständige Arzneimittelauswahl eines ausgebildeten Apothekers, die von ausschließlich gewinnorientierten Fremdeinflüssen freigehalten werden soll. Die freie berufliche Verantwortlichkeit und die pharmazeutische Entscheidungsfreiheit sollen nicht durch die wirtschaftliche Abhängigkeit von Dritten beeinflusst werden.²²

Bei der Frage nach der Übertragbarkeit der Entscheidungsgründe des „Optiker-Urteils“ muss berücksichtigt werden, dass die Gefahr einer möglichen Beeinflussung des Optikers durch rein wirtschaftliche Interessen eines Kapitalgebers im Verfahren nicht vorgetragen worden ist. Lediglich zur Frage des Mehrbesitzverbotes hat die griechische Regierung vorgetragen, dass der Betrieb mehrerer Geschäfte die Gefahr berge, dass sich der Optiker „verzettele“, statt sich um eine sichere Versorgung seiner Kunden zu kümmern.

Hinsichtlich der Rechtsfragen zur Einschränkung des Fremdbesitzes wurde im Verfahren aber die Lösung der Haftungsfrage und der persönlichen Anwesenheit eines diplomierten Optikers thematisiert. Zu beiden Aspekten hat der EuGH ausdrücklich festgestellt, dass die betroffenen gesellschaftsrechtlichen Restriktionen unverhältnismäßig sind, weil entsprechende potenzielle Gefahren des Gesundheitsschutzes durch ordnungsrechtliche und zivilrechtliche Verpflichtungen (Anwesenheitspflicht eines diplomierten Optikers als Arbeitnehmer oder Gesellschafter, Haftpflichtversicherung) gebannt werden können.

Der Generalanwalt hat in seinem Schlussantrag darüber hinaus ausdrücklich hervorgehoben, dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung darauf abzustellen ist, an welcher Stelle möglichen Gefahren durch mitgliedstaatliche Vorschriften zu begegnen ist. Da die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung des Optikergeschäftes, d.h. die Frage nach dem „Eigentum“ des Geschäftes, keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Beziehung zwischen dem Optiker und dem Kunden hat, müssten mögliche Gefahren für die öffentliche Gesundheit durch Regelungen abgewendet werden, die Rechtswirkungen unmittelbar auf diese Beziehung haben.²³ Den Entscheidungsgründen des OVG zufolge kann „diese Betrachtung [...] ohne Weiteres von dem Optikergeschäft auf eine Apotheke übertragen [werden], zumal bereits die Wortwahl des Generalanwaltes, die „Patienten“ einschließt, diese Betrachtung nahelegt.“²⁴

Dass eine persönliche Beratung durch den Apotheker von Angesicht zu Angesicht bei der Arzneimittelabgabe an Endkunden zum Schutz der Gesundheit und Arzneimittelsicherheit nicht zwingend erforderlich ist, hat der EuGH bereits in der Rs. *DocMorris* im Rahmen der Prüfung, ob ein solches Erfordernis aus Gründen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt werden kann, entschieden.²⁵ Zur Abgabe von Arzneimitteln sind unzweifelhaft auch die pharmazeutisch geschulten Mitarbeiter der Apotheke berechtigt. Aus der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit, bis zu drei Filialapotheken zu betreiben, folgt, dass eine ständige Anwesenheit des Erlaubnisinhabers auch vom Gesetzgeber nicht verlangt wird. Insofern wird das deutsche Apothekenrecht den Anforderungen, die der EuGH in diesem Zusammenhang im „Optiker-Urteil“ aufstellt, bereits in § 2 Abs. 5 ApoG (Benennung eines verantwortlichen Apothekers, der die Filiale leitet) gerecht. Der Filialapotheker ist in einem Angestelltenverhältnis tätig. Mithin erachtet der Gesetzgeber grundsätzlich nicht nur die Tätigkeit eines Apothekers, sondern auch die Leitung einer Apotheke durch einen angestellten Apotheker als mit den Anforderungen an den Schutz der öffentlichen Gesundheit vereinbar. Im Hinblick auf mögliche Fehlberatungen durch angestellte Apotheker und das geschulte Apothekenpersonal ist der Apotheker haftpflichtversichert. Das OVG fasst diesbezüglich in seinem Beschluss (S. 47) zusammen: „Das Optikerurteil des EuGH beruht auf den ausführlicher begründeten Schlussanträgen des Generalanwaltes; danach kommt es beim Schutz der öffentlichen Gesundheit nicht so sehr darauf an, wer das Geschäft leitet, als vielmehr darauf, dass der Kunde, wenn der Kauf eines Optikerartikels ansteht, von qualifiziertem Personal bedient wird.“²⁶

Insofern kann auch argumentiert werden, dass die konkrete Auswahl des Arzneimittels ohnehin nicht ausschließlich durch den Erlaubnisinhaber erfolgt. Auch ist der Apotheker bei der Abgabe von Arzneimitteln an gesetzlich Krankenversicherte im zunehmenden Maße an

19 EuGH, Urte. v. 21.4.2005 – Rs. C-140/03, Rz. 35 – *Kommission/Griechenland*.

20 Vgl. Schlussanträge des GA Colomer vom 7.12.2004.

21 Vgl. Schlussanträge des GA Colomer vom 7.12.2004, Rz. 27.

22 Vgl. dazu BGH, Urte. v. 22.10.1997 – XII ZR 142/95, NJW-RR 1998, 803 (805); BGH, Urte. v. 25.4.2002 – 4 StR 152/01, NJW 2002, 2724 (2726).

23 Vgl. Schlussanträge des GA Colomer vom 7.12.2004, Rz. 34.

24 OVG Saarland, Beschl. v. 22.1.2007 – 3 W 14/06, S. 42.

25 EuGH, Urte. v. 11.12.2003 – Rs. C-322/01 – *Doc Morris*, GesR 2004, 58.

26 Vgl. Schlussanträge des GA Colomer v. 7.12.2004, Rz. 41.

Der Fremd- und Mehrbesitz an öffentlichen Apotheken

die sozialgesetzlichen Regulierungen des Arzneimittelmarktes gebunden, sodass ihm eine Auswahlmöglichkeit teilweise nicht verbleibt.²⁷ Gleiches gilt für den Fall, daß der Arzt in seiner Verordnung eine selbstständige Auswahl des konkreten Arzneimittels durch den Apotheker ausschließt. Der Apotheker ist in diesen Fällen ausschließlich dafür zuständig, das rezeptierte Arzneimittel korrekt abzugeben und die pharmazeutische Beratung der Patienten zu gewährleisten. Beide Vorgänge sind jedoch einer für den Gesundheitsschutz nachteiligen Beeinflussung durch einen Kapitalgeber nicht zugänglich, ein entsprechendes „Geschäftsmodell“ kann nicht erblickt werden. Damit kann sich auch eine Gefahr für den Schutz der öffentlichen Gesundheit durch die Einflussnahme rein wirtschaftliche Interessen verfolgender Kapitalgeber auf die Tätigkeit des Apothekers nicht realisieren.

Der EuGH wird darüber entscheiden müssen, ob die vom Arzneimittelgeschäft ausgehenden Gefahren dennoch das Verbot eines Apothekenbetriebes durch eine Kapitalgesellschaft rechtfertigen. Es ist nicht auszuschließen, dass der EuGH die potenzielle Gefahr für die öffentliche Gesundheit im Hinblick auf die Arzneimittelabgabe gegenüber dem Geschäft des Optikers deutlich höher einstuft. Durch Arzneimittelmiss- und -fehlgebrauch sind, im Gegensatz zum Umgang mit optischen Artikeln, letztlich selbst letale Folgen denkbar. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber auch verschiedene andere Regelungen im Zusammenhang mit Arzneimitteln getroffen. So sind nur (staatlich) zugelassene Arzneimittel überhaupt verkehrsfähig, deren Abgabe an den Endkunden gemäß § 43 Abs. 1 AMG ausschließlich in Apotheken erfolgen darf. Sowohl das ApoG als auch die Apothekenbetriebsordnung binden den Betrieb einer Apotheke an zahlreiche weitere Bestimmungen, deren Regelungszweck die Arzneimittelsicherheit ist. Vor diesem Hintergrund fällt es schwer, sich eine von den wirtschaftlichen Interessen einer Kapitalgesellschaft ausgeübte Einflussnahme auf den Apotheker überhaupt vorzustellen.

Selbst wenn eine solche Gefahr jedoch durch den EuGH erblickt wird, stellt sich die Frage, ob das absolute Fremdbesitzverbot des § 8 S. 1 ApoG nicht gegen das Übermaßverbot verstößt. Als mildere Mittel sind beispielsweise besondere Anforderungen an die Ausgestaltung eines Gesellschaftsvertrages oder an den Arbeitsvertrag des angestellten, verantwortlichen Apothekers denkbar. Durch entsprechende Verträge könnte dem Apotheker jeweils seine pharmazeutische Unabhängigkeit vertraglich zugesichert werden. Für die Durchsetzung der vertraglichen Rechte stünde dem Apotheker im Streitfall der Gerichtsweg offen, wobei von einem verantwortlichen, zuverlässigen, approbierten Apotheker die Geltendmachung seiner Rechte verlangt werden können muss. Der angestellte approbierte Apotheker ist letztlich in der gleichen Situation wie der angestellte approbierte Arzt. Genauso wenig wie Letzterer eine arbeitsrechtlichen Weisung, die gegen ärztliches Standesrecht verstößt, umsetzen darf, ist der im Angestelltenverhältnis tätige Apotheker verpflichtet, Weisungen seines

Arbeitgebers nicht nachzukommen, wenn diese mit berufsstandesrechtlichen Vorschriften in Konflikt stehen. Jedenfalls die vorbehaltlose Annahme einer Abhängigkeit des Apothekers in seinen pharmazeutischen Entscheidungen von seiner wirtschaftlichen Lage und damit von seinem Kapital- oder Arbeitgeber erscheint nicht als durchdachtes Argument, wenn man sich allein die vollständige Abhängigkeit von angestellten Ärzten – beispielsweise von privaten Klinikträgern – vor Augen führt.

b) Mehrbesitzverbot

Im Rahmen seines Beschlusses hat das OVG auch die rechtlichen Vorgaben des beschränkten Mehrbesitzes an Apotheken bei der Auseinandersetzung mit der Frage einer möglichen Heranziehung des „Optiker-Urteils“ zur gemeinschaftsrechtlichen Bewertung des deutschen Apothekenrechts berücksichtigt, obwohl diese im Verfahren nicht streitgegenständlich waren.²⁸ Fraglich ist demnach, ob die Entscheidungsgründe des „Optiker-Urteils“ im Hinblick auf den gemäß §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 2, 4 ApoG nur eingeschränkt möglichen Mehrbesitz von Apotheken übertragbar sind.

Die vom EuGH als gemeinschaftsrechtswidrig eingestufte griechische Regelung ließ im Gegensatz zum deutschen Apothekenrecht überhaupt keinen Mehrbesitz zu. Optikern war es untersagt, *mehr als ein Optikergeschäft* zu betreiben. In Deutschland können Inhaber einer Apothekenbetriebslaubnis gem. § 1 Abs. 2 ApoG bis zu drei Filialapotheken betreiben.

Der EuGH kommt im „Optiker-Urteil“ zu dem Ergebnis, dass das absolute Verbot des Mehrbesitzes von Optikergeschäften eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EG darstellt, unabhängig davon, ob eine Diskriminierung in Bezug auf die Staatsangehörigkeit vorliegt.²⁹ Eine Rechtfertigung kommt den Erkenntnissen des Gerichtshofs zufolge nicht in Betracht. Zur Erreichung des angestrebten Zwecks stehen danach die bereits genannten „milderen Mittel“ zur Verfügung.

Die für eine Übertragung der Urteilsgründe auf den nur beschränkt zulässigen Mehrbesitz an Apotheken in Deutschland relevante Frage, ob sich aus der Niederlassungsfreiheit ein uneingeschränktes Recht zur Filialisierung ergibt, oder ob die Anzahl der Niederlassungen – z.B. aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit – mengenmäßig begrenzt werden kann, musste der EuGH nicht beantworten. Aus der Formulierung „mehr als ein Optikergeschäft“ kann nicht zwangsläufig geschlossen werden, dass der Mitgliedstaat gehindert ist, die Anzahl der Niederlassungen zu begrenzen.

Die Regelungen des ApoG zum Apothekenfremd- und Mehrbesitz gelten zwar unabhängig voneinander, bedingen sich aber insofern, als die EG-ausländische Kapitalgesellschaft, die eine Apotheke in Deutschland betreiben will, in der Ausübung ihres Rechts auf Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EG auch durch eine Beschränkung in der Anzahl der zulässigen Filialen gehindert wird. Ein Zusammenhang der Regelungen besteht auch darin, dass die Errichtung einer größeren Anzahl an Filialapotheken letztlich nur durch einen Fremdkapitalgeber finanziert werden kann. Es ist daher nicht auszuschließen, dass der EuGH – sofern er das Fremdbesitzverbot als gemeinschaftsrechtswidrig erachtet – dem Mitgliedstaat insofern Gestaltungsspielraum belässt, als dieser die konkrete Anzahl der Filialen beschränken kann. Die Grenzen für die Ausgestaltung eines solchen mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums setzt aber wiederum das Gemeinschaftsrecht. Die praktische Wirksamkeit einer freiheitsfreundlichen Auslegung in Bezug auf das Fremdbesitzverbot kann nicht dadurch eingeschränkt

27 Vgl. nur die Neufassung des § 129 SGB V durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, BT-Drucks. 16/3100.

28 „Unstreitig liegt in der Erteilung der für sofort vollziehbar erklärten Apothekenbetriebslaubnis an die Beigeladene ein Verstoß gegen Vorschriften nationalen Rechts, nämlich der §§ 2, 7 und 8 ApoG vor (Regelungen der Filialapotheke, Mehr- und Fremdbesitzverbot, Beschränken von EU-Ausländern auf den Erwerb von seit mindestens 3 Jahren betriebenen Apotheken)“, OVG Saarland, Beschl. v. 22.01.2007 – 3 W 14/06, S. 16.

29 EuGH, Urt. v. 21.4.2005 – Rs. C-140/03, Rz. 28 – *Kommission/Griechenland*.

Der Fremd- und Mehrbesitz an öffentlichen Apotheken

und damit letztlich neutralisiert werden, dass ein Mehrbesitz nur in einem Umfang zugelassen wird, die den Gemeinschaftsangehörigen letztlich in die gleichen Schranken weisen, als das bei einem Fortbestand des Fremdbesitzverbots der Fall wäre.

Daher müsste auch diese Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein. In Betracht kommt insofern erneut der Schutz der öffentlichen Gesundheit, z.B. vor der Gefahr einer flächendeckenden Oligopolisierung des Apothekenmarktes durch Filialbildungen einer Apotheke, die von einer Kapitalgesellschaft betrieben wird, mit der Folge einer Gefährdung der Versorgungssicherheit der Bevölkerung mit Arzneimitteln. Ausweislich der Gesetzesbegründung zum GKV-Modernisierungsgesetz ist es nach dem Willen des Gesetzgebers erforderlich, den Mehrbesitz von Apotheken auf maximal vier Apotheken in einem Kreis bzw. zwei benachbarten Kreisen zu beschränken, um zu gewährleisten, dass der Betreiber der Apotheken eine persönliche und somit effektive Kontrolle der Filialapotheken ausüben kann. Zudem soll durch die anzahlmäßige Beschränkung einer wettbewerbsrechtlich bedenklichen Kettenbildung vorgebeugt werden.³⁰

Dem kann entgegengehalten werden, dass der Erlaubnisinhaber auch über vier Apotheken keine kontinuierliche persönliche Kontrolle ausüben kann. Aus diesem Grund ist er gem. § 2 Abs. 5 Nr. 1 ApoG auch nur in Bezug auf die Hauptapotheke zur persönlichen Führung verpflichtet, für jede Filialapotheke hat der Betreiber gem. § 2 Abs. 5 Nr. 2 ApoG schriftlich einen Apotheker als Verantwortlichen zu benennen, der die nach ApoG und Apothekenbetriebsverordnung geltenden Verpflichtungen eines Apothekenleiters zu erfüllen hat.

Die Gefahr einer Einschränkung der Arzneimittelversorgungssicherheit wird schwer darzulegen sein. Eine Marktkonzentration (Oligopolisierung) stellt nicht die zwangsläufige Folge einer gleichzeitigen Legalisierung von uneingeschränktem Mehrbesitz und Fremdbesitz dar, sondern ist – wie in anderen Märkten auch – von zahlreichen weiteren Faktoren abhängig. Zudem stehen zur Vermeidung einer solchen Entwicklung die Kontroll- und Sanktionsmechanismen des Kartell- und Wettbewerbsrechts zur Verfügung. Mit dem Inkrafttreten des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes und einer entsprechenden Änderung des § 69 SGB V stehen nunmehr die Diskriminierungs- und Missbrauchsvorschriften des Kartell- und Wettbewerbsrechts teilweise sogar für eine Anwendung auf die Beziehungen zwischen Leistungserbringern und Kostenträgern der gesetzlichen Krankenversicherung zur Verfügung.

Eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit ist auch durch die Vorschrift des § 2 Abs. 4 Nr. 2 ApoG zu sehen, wonach die Filiale einer Apotheke in der gleichen kreisfreien Stadt oder innerhalb des gleichen Landkreises bzw. in an diese(n) angrenzenden Kreisen liegen darf.

Versteht man unter „Kreisen“ in diesem Sinne ausschließlich deutsche Verwaltungsbezirke, so besteht für EG-ausländische Apotheken lediglich die Möglichkeit, in einem

an den benachbarten Mitgliedstaat angrenzenden Kreis eine Filiale zu eröffnen. Bezieht man EG-ausländische Gemeinden bei einer Auslegung der Norm ein, müsste die Hauptapotheke selbst darüber hinaus sogar in einem an die Staatsgrenze angrenzenden Kreis liegen. Diese Regelung knüpft folglich – wenigstens mittelbar – an die Staatsangehörigkeit bzw. an den Sitz der EG-ausländischen Apotheke an und stellt somit eine verdeckte Diskriminierung dar, da die Anforderungen der Vorschrift von EG-Ausländern regelmäßig nicht erfüllt werden können. Diskriminierende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind an den engen Maßstäben³¹ des in Art. 46 EG vorgesehenen Rechtfertigungsgrundes zu messen. Die Ausführungen zu einer möglichen Rechtfertigung des Eingriffes in die Niederlassungsfreiheit durch Fremd- und Mehrbesitzverbote gelten hier also mit der Maßgabe, dass noch höhere Anforderungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Maßnahme zu stellen sind, wonach sich im Sinne der obigen Darstellungen eine klare Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Norm ergeben dürfte. Das Gleiche gilt für die Vorschrift des § 2 Abs. 2 ApoG, wonach eine Apothekenbetriebslaubnis für EG-Ausländer nur für eine Apotheke erteilt werden kann, die seit mindestens drei Jahren betrieben wird. Diese Regelung greift sogar offen diskriminierend – nämlich ausdrücklich an die Staatsangehörigkeit anknüpfend – in die Niederlassungsfreiheit der Gemeinschaftsangehörigen ein.

III. Fazit

Dass eine mitgliedstaatliche Regelung, die ein *absolutes* Fremdbesitzverbot an Apotheken aufstellt, den Erfordernissen des Gemeinschaftsrechts standhalten wird, erscheint nicht wahrscheinlich. Es kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, eine Beschränkung des Apothekenmehrbesitzes in das Ermessen des Mitgliedstaats zu stellen. Allerdings findet auch eine solche Beschränkung ihre Grenzen im Gemeinschaftsrecht selbst. Die Gegner einer Lockerung des Fremd- und Mehrbesitzverbotes verkennen letztlich insbesondere die Funktion der Approbation des Apothekers. Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH die ihm vorgelegten Fragen im Rahmen der Vorabentscheidung beantworten wird. Spannend ist dieses Verfahren, weil die Rechtsprechung des EuGH für ihre mangelnde Berechenbarkeit und ihre Vorliebe für die Besonderheiten des Einzelfalls seit jeher berühmt ist, sich nichtsdestoweniger auf dem deutschen Apothekenmarkt aber bereits tatsächliche Entwicklungen abzeichnen, die einen bestimmten Ausgang des Verfahrens bereits vorwegzunehmen scheinen.

30 BT-Drucks. 15/1525, 160.

31 Müller-Graff in Streinz, EUV/EGV, Kommentar, Art. 46 Rz. 7: „Art. 46 Abs. 1 (EGV) zieht den Kreis der rechtfertigenden Gründe enger als Art. 30 EGV für Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit (und der Niederlassungsfreiheit).“