

Vortrag vor dem Deutschen Bundestag zur

Zukunft des Apothekenmarkts

im Speziellen:

Auswirkungen Europas auf den deutschen Apothekenmarkt:

„Für und Wider zum bestehenden Fremdbesitzverbot“

Stand: 24.10.2007

DIEKMANN
RECHTSANWÄLTE

Ballindamm 35

20095 Hamburg

Tel.: (040) 33443690

Fax.: (040) 33443699

Email: info@diekmann-rechtsanwaelte.de

I. Einführung

II. Grundlagen

1. Impfstoffentscheidung und damit zusammenhängende Entscheidungen

- a) Entscheidung des Kammergerichts Berlin
- b) Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Falle DocMorris
- c) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Arzneimittelversandhandel

2. Entwicklungen in der Gesundheitspolitik

3. Vorrang des Gemeinschaftsrechts

- a) Herkunft
- b) Umfang des Vorrangs
- c) Art. 152 EGV

III. Grundfreiheiten des EGV

1. Einführung

2. Warenverkehrsfreiheit

3. Personenverkehrsfreiheit

4. Dienstleistungsfreiheit

- a) Grundsatz
- b) Begriffsbestimmung
- c) Abgrenzung
- d) Verbotene Maßnahmen
- e) Prinzip der Herkunftslandregelung

5. Niederlassungsfreiheit

6. Diskriminierung

7. Zusammenfassung

8. Dienstleistungsfreiheit/Niederlassungsfreiheit und Gesundheitsmarkt

IV. Eingriffsmöglichkeiten

1. Kompetenzfrage/Nichtanwendungspflicht

2. Verfahren

V. Zur Entscheidung des OVG

1. Kollision nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht

- a) Kompetenzfrage
- b) zur Inhaltsfrage
 - aa) Optiker-Entscheidung
 - bb) Inhalt und Umfang der Niederlassungsfreiheit
 - cc) Übertragbarkeit
 - (1) Niederlassungsfreiheit
 - (2) Problemstruktur
 - (3) Problemlösung
 - (4) Vertragsverletzungsverfahren
 - (5) Parallelen
 - dd) Gegenargumente
 - (1) höheres Gesundheitsrisiko
 - (2) höhere Verantwortlichkeit
 - (3) Kommerzialisierungs- und Konzernierungsgefahr
 - (4) Vorbehalt des Art. 152 Abs. 5 EGV
 - ee) Zusammenfassung
- c) Inländerdiskriminierung
- d) Schutzgüterabwägung wegen vorläufiger Entscheidung

2. Zusammenfassung der Beschlüsse des Oberverwaltungsgerichts vom 22.01.2007:

VI. Normen auf dem Prüfstand

I. Einführung:

Die Diskussionen, die mit der Zulassung einer Filialapotheke der niederländischen Aktiengesellschaft DocMorris hinsichtlich des Für und Wider des Fremd- und Mehrbesitzverbotes einhergingen, wollen nicht abebben. Jegliche Argumentationsversuche der Befürworter des noch bestehenden Fremd- und aufgeweichten Mehrbesitzverbotes scheitern jedoch an der falschen europarechtlichen Einschätzung. Im Grunde scheitern sie schon an der grundsätzlichen Einstellung nicht nur zum europäischen Recht, sondern an der Einstellung zu den im Zuge der Europäischen Gemeinschaft übernommenen Rechte und Pflichten. Dass die Befürworter einer falschen Einschätzung folgen, zeigt sich auch an den für die Diskussion relevanten Entscheidungen des Oberverwaltungsgericht des Saarlandes vom 22.01.2007 (3 W 14/06 und 3 W 15/06), die dazu führten, dass die Filialapotheke der DocMorris N.V. den Betrieb wieder aufnehmen durfte.

Bevor die unterschiedlichen Argumentationen beleuchtet werden, ist es wichtig, sich einmal die europarechtlichen Grundlagen vor Augen zu führen.

II. Grundlagen

Bei einem Vergleich der Rechtssituationen der Europäischen Union untereinander weisen diese viele Unterschiede auf. Um diese zu minimieren, wurden im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) Regelungen aufgenommen, die eine gewisse Vereinheitlichung schaffen sollen. Aus rechtlicher Sicht, hat sich seit der Gründung der Europäischen Union und damit seit der Bildung europäischen Rechts viel getan. Immer öfter wird im Zuge des grenzüberschreitenden Handels aber auch im Zuge der grenzüberschreitenden Patientenversorgung, die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht gestellt.

Wer heute zeitgemäß und vor allem wirtschaftlich arbeiten möchte, arbeitet immer mehr mit ausländischen Geschäftspartnern zusammen. Von besonders großem Interesse ist daher, in welchem Ausmaß der EG-Vertrag auf das Recht der Mitgliedstaaten Einfluss nimmt und was die Höherrangigkeit des europäischen Rechts für unser nationales Gesundheitssystem bedeutet.

Vorab eine Zusammenfassung bestehender – diskussionswürdiger - Entscheidung:

1. Impfstoffentscheidung und damit zusammenhängende Entscheidungen

a) Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Falle DocMorris

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 11.12.2003 nationale Verbotsregelungen zum Arzneimittelversandhandel differenziert betrachtet:

Bezüglich nicht zugelassener Arzneimittel, stellt der EuGH zunächst fest, dass ein Versandhandelsverbot in Deutschland bereits dem Art. 6 des Gemeinschaftskodexes für Humanmedizin (GK) entspricht und ein Verbot deshalb nicht zu beanstanden ist. Diese Auffassung vermag indes hinsichtlich nicht zugelassener, aber zulassungsfähiger Medikamente nicht zu überzeugen. Das Versendungsverbot dieser Medikamente, welches eine Maßnahme gleicher Wirkung und damit einen Verstoss gegen Art. 28 EGV darstellt, findet nämlich keine Rechtfertigung über Art. 30 EGV. Denn von zulassungsfähigen und schlicht nur in dem jeweiligen Einfuhrland nicht zugelassenen Arzneimitteln, kann objektiv keine Gefahr für Leben oder Gesundheit des Menschen ausgehen. Die Zulassungsfähigkeit lässt sich zunächst daran ablesen, dass das Medikament in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen ist. Demnach wurde im Rahmen der Überprüfung einer Gefährlichkeit diese bereits für ein Inverkehrbringen in dem speziellen Land verneint. Da die Kriterien für ein Versagen der Zulassung überdies in Art. 26 GK für die Gemeinschaft einheitlich geregelt ist, hat die Nichtzulassung in dem Einfuhrstaat folglich lediglich einen formalen Hintergrund, ohne aber eine Aussagekraft hinsichtlich der Gefahr für Leib oder Leben einzunehmen.

Hinsichtlich zugelassener Medikamente unterscheidet der EuGH bei seiner Beurteilung zwischen verschreibungsfreien und verschreibungspflichtigen Arzneimitteln. Während er bei verschreibungsfreien Arzneimitteln ein Versandverbot vollumfänglich für europarechtswidrig ansieht, sieht er sich zum letzten Schritt, der uneingeschränkten Zulässigkeit des Versandhandels mit zugelassenen Medikamenten, nicht imstande und führt in bezug auf verschreibungspflichtige Medikamente in Randnummer 119 aus, „angesichts der Gefahren, die mit der Verwendung dieser Arzneimittel verbunden sein können, könnte das Erfordernis, die Echtheit der ärztlichen Verschreibung wirksam und verantwortlich nachprüfen zu können und die Aushändigung des Arzneimittels an den Kunden selbst oder an eine von ihm mit

dessen Abholung beauftragten Person zu gewährleisten, ein Verbot des Versandhandels (gem. Art. 30 EGV) rechtfertigen.“

Erkennbar wählte der EuGH an dieser Stelle die Formulierung „könnte“. Durch die Entscheidung wurde die Frage, welchen Sicherheitsstandard die Versandapotheken zu gewährleisten haben, zur Entscheidung an die gesetzgebenden Körperschaften der Mitgliedstaaten zurückverwiesen.

Wenn ein Mitgliedstaat wie die Bundesrepublik Deutschland die im DocMorris-Urteil offengehaltene Option („könnte“) der Zulassung des EU-grenzüberschreitenden Arzneimittelversandhandels unter bestimmten versandspezifischen Sicherheitsvoraussetzungen gewählt hat, so ist dieser Mitgliedstaat bei der Regelung der Zulassungsvoraussetzungen verpflichtet, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Maßgabe der Cassis de Dijon-Rechtsprechung (EuGH-Urteil vom 20. Februar 1979; Rs 120/78) bzw. des Art. 30 EGV strikt zu wahren.

Dieses Urteilsverständnis bestätigt sich, wenn man zur Auslegung der Entscheidungsgründe die Schlussanträge der Generalstaatsanwältin Stix-Hackl vom 11.03.2003 zu der vor dem EuGH anhängigen Rechtssache Deutscher Apothekerverband./DocMorris heranzieht (abrufbar unter <http://www.curia.eu.int> nach Suche der Rechtssache C-322/01).

b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Arzneimittelversandhandel

Auch das Bundesverfassungsgericht sah sich bisher außerstande, eine Gefährdung der Arzneimittelsicherheit durch die Vertriebsform „Versand“ festzustellen. Das Bundesverfassungsgericht erkannte, dass das kategorische Verbot, Impfstoffe an Ärzte zu versenden, die Apotheker in ihren Grundrechten aus Art. 12 GG verletzt (Beschluss vom 11.02.2003, 1 BvR 1972/00, 1 BvR 70/01; WRP 2003, 491ff).

Zwar bezieht sich die Entscheidung auf den Impfstoffversand von Apotheken an Ärzte und nicht auf den allgemeinen Arzneimittelversand von Apotheken an den Endverbraucher. Gleichwohl setzte sich das Bundesverfassungsgericht allgemein mit der – auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbaren – Frage auseinander, ob die Vertriebsform „Versand“ als solche Gefahren in sich birgt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

hält die gesetzliche Beschränkung der freien Berufstätigkeit einer Nachprüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG nur stand, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist. Im Falle des kategorischen Verbots des Abgabemodus „Versand“ ist dies nach dem Bundesverfassungsgericht nicht der Fall. Das pauschale Argument der Transportgefahren ließ das Bundesverfassungsgericht nicht gelten.

Im Ergebnis wird offensichtlich, dass eine Vielzahl der durch den Gesetzgeber vorgegebenen einzuhaltenden Standards nicht allein die Arzneimittelsicherheit zum Gegenstand haben bzw. eine umfassende Sicherheit bereits durch weniger einschneidende Vorgaben vollumfänglich gewährleistet werden könnte. Die vom Bundesverfassungsgericht in der Impfstoffentscheidung herausgearbeiteten und an die Regelung des Versandhandels anzulegenden Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe gelten fort, auch wenn die Einzelfallentscheidung immer als Einzelfallentscheidung abgetan wird.

2. Entwicklungen in der Gesundheitspolitik

Die Gesundheitspolitik soll zwar durch die Mitgliedsstaaten gewahrt werden, allerdings soll dies unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips geschehen. Diesem Prinzip liegt folgender Gedanke zugrunde: Ein Staat oder ein Staatenbund verfügt nur über die Zuständigkeiten, die Personen, Familien, Unternehmen und lokale oder regionale Gebietskörperschaften nicht allein ausüben können, ohne dem allgemeinen Interesse zu schaden. Auf die Europäische Union übertragen bedeutet dieses Prinzip, dass von ihr die Aufgaben übernommen werden, die die Staaten auf ihren verschiedenen Entscheidungsebenen allein nicht mehr zufriedenstellend wahrnehmen können. Die Mitgliedstaaten müssen ihre Vorhaben an den Zielen der Gemeinschaft orientieren bzw. an den im EGV niedergelegten Regelungen messen. Bei Problemen der grenzübergreifenden Gesundheitsgefahren oder der Freizügigkeit von Patienten und Leistungserbringern im Gesundheitswesen wird allerdings ausschließlich auf der Ebene der Union gehandelt. Die Union hat es sich zur Aufgabe gemacht, ein hohes Gesundheitsschutzniveau herzustellen bzw. zu erhalten.

3. Vorrang des Gemeinschaftsrechts

a) Herkunft

Nach dem Grundsatz der Vorrangigkeit dürfen Behörden der Mitgliedstaaten keine gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Vorschriften anwenden. Der aus einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in den 1960er Jahren abgeleitete Grundsatz fordert von den Behörden, dem Gemeinschaftsrecht Vorrang vor dem jeweiligen nationalen Recht der Mitgliedstaaten zu geben, ganz gleich, um welche gemeinschaftsrechtliche Norm oder nationales Recht es sich auch handeln mag.

Der Grundsatz der Vorrangigkeit findet seinen Ursprung in einem Urteil des EuGH vom 15. Juli 1964 in der Streitsache Flaminio Costa gegen Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (Costa/Enel). In dieser Entscheidung erklärte der Gerichtshof, dass „zum Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen der EWG-Vertrag eine eigene Rechtsordnung geschaffen hat, die bei seinem Inkrafttreten in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist“.

In diesem Verfahren vertritt der EuGH die Auffassung, dass die Vorrangwirkung den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten einschränkt, indem er sie daran hindert, ein mit dem Recht der europäischen Organe im Widerspruch stehendes Recht zu produzieren, unter Berufung auf Geist und Wortlaut des Vertrages. Im Falle eines Widerspruchs zwischen beiden Rechtsordnungen können sich die Mitgliedstaaten auch nicht auf ein vor der Verabschiedung einer gemeinschaftsrechtlichen Norm bestehendes nationales Recht berufen.

Die Mitgliedstaaten können sich nach Auffassung des EuGH auch nicht auf den Grundsatz der Gegenseitigkeit berufen, laut dem sich ein Mitgliedstaat von seinen Gemeinschaftspflichten entbinden kann, solange sich die anderen diesem nicht unterwerfen. Anders ausgedrückt muss sich ein Mitgliedstaat dem Gemeinschaftsrecht beugen, sobald dieses verbindliche Wirkung hat. Diesbezüglich macht der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil in der Streitsache Costa deutlich, dass der Grundsatz des Vorrangs „zur Folge hat, dass es den Staaten unmöglich ist, gegen die von ihnen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene Rechtsordnung nachträglich einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen.“ Dieser Entscheidung folgend findet sich der Grundsatz des Vorrangs nun in der im Ratifizierungsprozess befindlichen Verfassung für Europa unter Artikel I.

b) Umfang des Vorrangs

In der genannten Entscheidung machte der Gerichtshof zudem deutlich, dass sich der Grundsatz des Vorrangs auf sämtliche, also aus Primärrecht wie auch aus dem abgeleiteten Recht hervorgegangenen Normen des Gemeinschaftsrechts bezieht. Daneben ist er auf jedes nationale Recht anzuwenden, ganz gleich ob diese Texte exekutiven oder legislativen Ursprungs des betreffenden Mitgliedstaates sind. Auch die Justiz unterliegt dem Grundsatz des Vorrangs. In der Tat hat das von ihr produzierte Recht, die Rechtsprechung des EuGH wie auch das Gemeinschaftsrecht zu achten.

Im Hinblick auf die Verfassungen der einzelnen Mitgliedstaaten befand der Gerichtshof, dass diese ebenfalls dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unterliegen. Seit dem Beschluss in der Rechtssache San Michele vom 22. Juni 1965 hat laut Gerichtshof das nationale Gericht dafür zu sorgen, dass gemeinschaftsrechtswidrige Bestimmungen einer Verfassung nicht zur Anwendung kommen.

Die Frage des auf die einzelstaatliche Verfassung anzuwendenden Grundsatzes des Vorrangs stieß bei einigen nationalen Gerichten auf Vorbehalte. Trotz dieser Vorbehalte befand der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 17. Dezember 1970, Rs. 11/70, dass die Berufung auf die Verletzung dieser Grundrechte nicht die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung berühren kann.

c) Art. 152 EGV

Artikel 152 EGV regelt, dass die EU Anforderungen stellt, die die jeweiligen Gesundheitssysteme erfüllen müssen, der Rest bleibt den Staaten selbst überlassen. Beim Warenverkehr sieht es jedoch anders aus. Die Warenverkehrsfreiheit innerhalb der EU wird von Art. 23 – 31 EGV geregelt. Dies ist sinnvoll, wenn man bedenkt, wie das Risiko eines Missbrauchs der Warenverkehrsfreiheit ist. Das Gesundheitswesen bildet hier keine Ausnahme, die EU ist also für die Regulierung des Handels von medizinischen Produkten zwischen den Mitgliedsstaaten genauso zuständig, wie für den Handel allgemein.

Daraus ergibt sich, dass die Mitgliedsstaaten eher wenig Einfluss auf den Gesundheitsmarkt auf EU-Ebene haben. Es ist ihnen gesetzlich untersagt, Verbote einzuführen, die andere EU-

Staaten betreffen. Allerdings räumt dem Art. 30 EGV eine Ausnahme ein. So dürfen den Verbotsregelungen der Grundfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit [Art. 23-31 EGV], Personenverkehrsfreiheit [Art. 39-48 EGV], Dienstleistungsfreiheit [Art. 49-55 EGV], Niederlassungsfreiheit [Art. 56-60 EGV]) nicht entgegengewirkt werden, es sei denn aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums geschieht. Die Eingriffe müssen jedoch verhältnismäßig sein. Nur sehr selten werden Ausnahmen zugelassen.

Gerade weil die einzelnen Gesundheitssysteme sich so sehr von einander unterscheiden ist solch eine liberale Regelung ein guter Kompromiss für die einzelnen Mitgliedsstaaten, da diese somit ihrer individuellen anfänglichen Regelungen in weitem Umfang treu bleiben können. Art. 152 IV EGV: von der EU werden hohe Qualitäts- und Sicherheitsstandards festgelegt, allerdings werden die Mitgliedsstaaten nicht daran gehindert, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen.

Die in Art. 152 EGV aufgezählten Ziele des Gesundheitsschutzes sind Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, Verhütung von Humankrankheiten, Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der menschlichen Gesundheit, Bekämpfung der weitverbreiteten schweren Krankheiten und Verringerung drogenkonsumbedingter Gesundheitsschäden.

Die Maßnahmen, um diese Ziele zu erreichen, sind die Erforschung der Ursachen, der Übertragung und der Verhütung von Krankheiten, sowie Förderung von Gesundheitsinformation und -erziehung, bzw. Vorbeugungsmaßnahmen. Es ist also ein primäres Ziel der EU, den Schwerpunkt des Gesundheitsschutzes auf Vorbeugung anstatt auf Heilung zu setzen und die Gesundheit der Europäer generell zu verbessern. Die Ausrichtung des Gesundheitswesens ist somit auf einen längerfristigen Zeitraum gerichtet und verspricht, seine Wirkung eher in der Zukunft zu zeigen.

Die EG leistet ihren „Beitrag zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzes“ vorrangig auf der Basis von Artikel 152 EGV. Es darf nicht vergessen werden, dass es nicht eine Gesundheitspolitik der Union gibt, sondern Gesundheitspolitiken der Union und der Mitgliedstaaten. Artikel 152 EGV hat dabei die Funktion einer Schaltstelle. Ziel ist es, Kohärenz unter der Gesundheitspolitik der Mitgliedstaaten herzustellen.

Der Anwendungsbereich von Art. 152 umfasst den vorbeugenden Schutz der Gesamtbevölkerung vor Krankheiten, die allgemeine Prävention (Abs. 1 UAbs. 2 und 3). Zwar wird in Abs. 5 die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung insgesamt ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des Art. 152 EGV ausgenommen und verbleiben in der Verantwortung der Mitgliedstaaten. Auch die Systeme der sozialen Absicherung und der Krankenversicherung bleiben ausgeklammert. Dennoch können andere Bestimmungen des EGV, wie etwa das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 Abs. 1 EGV) oder die Grundfreiheiten Auswirkungen auf die einzelstaatlichen Gesundheitssysteme haben, so dass die EG bereits de facto in erheblichem Umfang Einfluss auf das mitgliedstaatliche Gesundheitswesen nimmt.

Die Mitgliedstaaten bleiben die „Herren der Gesundheitspolitik“. Die EG darf ihrer Politik nicht zuwiderhandeln. Gleichmaßen darf ein Mitgliedstaat aber auch nicht gegen das europäische Recht, die manifestierten Grundfreiheiten verstoßen. Geschieht dies, sind die nationalen Regelungen nicht mehr anwendbar. Auch bleibt die Befugnis der Union davon unberührt, bei der auf Art. 95 EGV gestützten Harmonisierung der nationalen Schutzpolitiken gemeinschaftliche Gesundheitsstandards zu schaffen, um Beschränkungen der Grundfreiheiten auszuräumen.

Die Kommission kann die Gesundheitsschutzpolitiken der Mitgliedstaaten zwar nicht durch bindende Stellungnahmen inhaltlich beeinflussen, sie kann jedoch deren Koordinierung moderieren und ihren Rahmen abstecken. In diesem Rahmen kann die Kommission auch bindende Rechtsakte erlassen. So kann sie die Mitgliedstaaten zur Weitergabe von Informationen verpflichten, die die Analyse von Problemen und die Vorbereitung gemeinsamer Leitlinien ermöglichen.

III. Grundfreiheiten des EGV

1. Einführung

Der EGV enthält Grundfreiheiten in der Form von Freiheitsrechten, die der Beseitigung von Hemmnissen im innergemeinschaftlichen Personen- und Wirtschaftsverkehr und damit der

Verwirklichung eines gemeinsamen Wirtschafts- und Währungsmarktes dienen sollen. Die vier Grundfreiheiten sind:

- Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 - 31 EGV)
- Personenverkehrsfreiheit (Art. 39 – 48 EGV)
- Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 - 55 EGV)
- Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 - 60 EGV)

Die Freiheiten sind direkt in jedem Mitgliedsstaat anwendbar; die Bürger können sich direkt darauf berufen.

2. Warenverkehrsfreiheit

Sie geht aus den Artikeln 23 bis 31 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) hervor und besteht aus:

- der Zollunion (Art 25 EGV)
- dem Verbot mengenmäßige Beschränkungen der Ein- und Ausfuhr von Waren sowie alle anderen Maßnahmen, welche die gleiche Wirkung entfalten (Art. 28 EGV)

Durch sie soll eine grenzüberschreitende Mobilität des Warenverkehrs innerhalb der Mitgliedstaaten gewährleistet und eine Benachteiligung anderer Mitgliedstaaten verhindert werden.

- Waren sind alle beweglichen körperlichen Gegenstände mit kommerziellem Wert, die Gegenstand von Handelsgeschäften sein können. Dazu gehören nicht nur Waren, die aus den Mitgliedstaaten selbst stammen, sondern auch Waren aus Drittländern, die sich in den Mitgliedstaaten im freien Warenverkehr befinden.
- Eine Maßnahme gleicher Wirkung ist jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar, mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, d. h. grundsätzlich jedes Handelshemmnis („Dassonville-Formel“).

Zusammenfassend ist zu sehen, dass die Warenverkehrsfreiheit die Mitgliedsstaaten von Zoll und anderen Kosten beim Import und Export befreit und somit den Handel innerhalb der EU fördert. Im Gesundheitswesen ist dies vor allem für den pharmazeutischen Sektor von Bedeutung. Der freie Handel von Medikamenten innerhalb der EU wird ermöglicht, was das gesamte europäische Gesundheitssystem fördert und die Idee der gemeinschaftlichen Arbeit der Länder unterstützt.

3. Personenverkehrsfreiheit

Sie geht aus den Artikeln 39 bis 48 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) hervor und verfolgt das Ziel, Bürger der Mitgliedsstaaten unabhängig von ihrer Nationalität bei der Erbringung von Arbeitsleistungen gleichzustellen. Zentrales Anliegen ist das Verbot jeglicher Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Dazu gehört auch das Verbot der Inländerdiskriminierung bezüglich von Rechten, die ein Inländer im Ausland erworben hat. Geschützt werden vor allem:

- das Recht auf Zugang zum Erwerbsleben im öffentlichen und privaten Bereich
- das Recht auf Gleichbehandlung im Erwerbsleben
- die Einreise- und Aufenthaltsfreiheit

Die Personenverkehrsfreiheit wird unterteilt in:

- die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 - 42 EGV)
- die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 - 48 EGV)

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit schützt die abhängig Beschäftigten. Sie umfasst das Recht, sich in anderen Mitgliedstaaten zu bewerben, sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und nach Beendigung der Beschäftigung im Mitgliedstaat zu verbleiben.

Die Niederlassungsfreiheit gewährt Selbstständigen das Recht, außerhalb ihres Heimatstaates einer dauerhaften Erwerbstätigkeit nachzugehen. Geschützt werden auch Gesellschaften und Vereine. Die Personenverkehrsfreiheit besteht – wie alle Grundfreiheiten – nicht uneingeschränkt. Einschnitte sind vor allem zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und der Gesundheit zulässig.

4. Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit gehört zu den Grundfreiheiten des Binnenmarktes. Wirtschaftlich kommt dem Dienstleistungsbereich eine besondere Bedeutung zu. Daher ist auf diesen Aspekt etwas ausführlicher einzugehen. Baugewerbe, Handwerksberufe, Gesundheitssektor, freie Berufe wie Architekten sollen vermehrt in andern Mitgliedstaaten ihre Dienste anbieten oder von Kunden aus anderen Mitgliedstaaten nachgefragt werden. Es geht dabei um die Öffnung der Dienstleistungsmärkte. Grundsätzlich dürfen dem keine Hindernisse entgegenstehen.

a) Grundsatz

Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat der Union als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind untersagt. Für den Bereich des Verkehrs bestehen gesonderte Vorschriften; die mit dem Kapitalmarkt verbundenen Dienstleistungen unterfallen den Regelungen zur Freiheit des Kapitalverkehrs (Art. 51, 71 ff. EG-Vertrag, Art. III-146, 236 ff. VVE 2004).

b) Begriffsbestimmung

Unter Dienstleistungen versteht man Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Dies gilt insbesondere für folgende gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Bereiche. Die Dienstleistungsfreiheit umfasst Leistungserbringungen bei vorübergehendem Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat. Folgende Formen existieren:

- *Aktive Dienstleistungsfreiheit*: Hier begibt sich der Dienstleistungserbringer vorübergehend in das Land des Dienstleistungsempfängers (z. B. reisende Musiker, Bauunternehmer).
- *Passive Dienstleistungsfreiheit*: Hier begibt sich der Dienstleistungsempfänger in den Mitgliedstaat, in dem der Erbringer der Dienstleistung ansässig ist (z. B. Touristen oder Personen, die medizinische Behandlung im Ausland in Anspruch nehmen, Studien- und Geschäftsreisende).
- *Korrespondenzdienstleistungsfreiheit*: Hier überschreitet allein die Dienstleistung die Grenzen. Die Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger bleiben am Ort. Hierzu

zählen z. B. die Kommunikationsdienstleistungen, der grenzüberschreitende Rundfunk und das grenzüberschreitende Fernsehen (Satellit, Kabeleinspeisung).

- *Auslandsdienstleistungsfreiheit*: Hier begeben sich Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger gemeinsam in einen anderen Mitgliedstaat, um dort die Dienstleistung abzuwickeln (z. B. Reisegruppe mit Reiseführer).

c) Abgrenzung

Die Dienstleistungsfreiheit ist den anderen Freiheiten nachrangig – dies ist ausdrücklich so festgehalten (Art. 50 EGV, bzw. Art. III-145 VVE 2004).

d) Verbotene Maßnahmen

Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen verboten (Art. 49 EGV, bzw. Art. III-144 VE 2004).

e) Prinzip der Herkunftslandregelung

Bestimmend für die Dienstleistungsfreiheit sind die Regelungen, die in dem Land gelten, aus dem der Dienstleistungserbringer kommt, das sog. Herkunftslandprinzip. Das bedeutet z. B., dass von dem Dienstleistungserbringer nicht verlangt werden darf, im Mitgliedstaat, in dem er seine Leistungen erbringen will, eine ständige Niederlassung zu haben. Genauso wenig darf ein Mitgliedstaat die Erbringung von Dienstleistungen von der Einhaltung aller Vorschriften abhängig machen, die an sich für eine Niederlassung gelten. Damit würde der Dienstleistungsfreiheit alle Wirksamkeit genommen.

Wenn der Staat, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll, die Voraussetzungen für die Dienstleistung ganz allgemein strenger reguliert, als der Staat aus dem der Dienstleistungserbringer kommt, so steht das Herkunftsland in einer Wechselwirkung zum grundsätzlichen Recht eines Mitgliedstaates, den Ordnungsrahmen für Dienstleistungen selbst zu bestimmen. Dieser allgemeine Ordnungsrahmen kann dann eine Beschränkung darstellen, die nur unter den genannten Voraussetzungen gerechtfertigt wäre. Das Beschränkungsverbot kann dann zu einem allgemeinen Liberalisierungsgebot werden.

5. Niederlassungsfreiheit

Diese bezeichnet das Recht jedes EU-Bürgers, an einem beliebigen Ort innerhalb der EU nach den dort geltenden Bestimmungen selbständig eine gewerbliche, landwirtschaftliche oder freiberufliche Erwerbstätigkeit auszuüben oder ein Unternehmen zu gründen bzw. zu leiten (Art. 43 ff. EGV).

Die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften haben ebenfalls Niederlassungsrecht innerhalb der EU und können Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften gründen. Das Niederlassungsrecht gilt auch für Arbeitnehmer aus einem Mitgliedstaat, die in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt sind und sich selbständig machen möchten. Die für eine Niederlassung nötige Nutzung von Grundstücken oder der Erwerb von Grundstücken müssen ermöglicht werden.

Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufgrund unterschiedlicher nationaler Berufsregelungen oder Zulassungsvoraussetzungen sind im Binnenmarkt bereits weitgehend durch gegenseitige Anerkennung von Diplomen und Zeugnissen (nach Art. 47 EGV) aufgehoben. Die Niederlassungsfreiheit gilt seit 1991 für alle akademischen Berufe, sofern die betreffenden Personen ein mindestens dreijähriges wissenschaftliches Hochschulstudium und eine entsprechende Praxis vorweisen können sowie den nationalen Vorschriften des Aufenthaltslandes entsprechen (z. B. Sprachkenntnisse, Kenntnis der Rechtsordnung, der Standesvorschriften u. dgl.). Auch Befähigungsnachweise unterhalb des Hochschulniveaus (z. B. Meisterprüfungen) werden EU-weit anerkannt.

6. Diskriminierung

Wesentlicher Bestandteil der Grundfreiheiten sind die besonderen Diskriminierungsverbote (Grundsatz der Inländergleichbehandlung): Im jeweiligen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten dürfen Staatsangehörige beziehungsweise Waren anderer Mitgliedstaaten nicht anders behandelt werden als inländische Staatsbürger oder Waren (Art. 39 Absatz 2, 43 Absatz 2, 50 Absatz 3 EGV). Es wird zwischen offenen und verdeckten Diskriminierungen unterschieden:

- Eine offene Diskriminierung liegt vor, wenn eine staatliche Regelung in ihrem Tatbestand ausdrücklich auf die Inländer- oder Ausländereigenschaft abstellt.
- Eine verdeckte Diskriminierung liegt vor, wenn eine Regelung zwar formal auf In- und Ausländer gleichermaßen anwendbar ist, die faktischen Auswirkungen aber überwiegend aufgrund der Staatsangehörigkeit eintreten.

Eine Ungleichbehandlung wird aber erst dann zur Diskriminierung, wenn sie nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt und verhältnismäßig ist. Beschränkungen bedürfen daher einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung. Dabei ist zu sehen, dass das Gemeinschaftsrecht nicht die Diskriminierung von inländischen Personen untereinander verbietet, da die Grundfreiheiten nur auf zwischenstaatliche und damit grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar sind. Die Zulässigkeit der „Inländerdiskriminierung“ ist damit eine Frage des jeweiligen nationalen Verfassungsrechts. Das bedeutet, dass der Vorrangigkeit des Gemeinschaftsrechts nicht entgegensteht, dass ein EU-Ausländer in einem Mitgliedstaat gegenüber einem Inländer besser behandelt wird.

7. Zusammenfassung

- *Im Zweifel für die Grundfreiheit:* Die Grundfreiheiten sind das Wesenselement der Europäischen Gemeinschaft und der Union. Es geht hier um die Freiheiten der Bürger. Das bedeutet, dass die Grundfreiheiten auch in solchen Politikbereichen durchzusetzen sind, die nicht in der Zuständigkeit der Union stehen: So ist die Union bei der Ausübung ihrer Befugnisse in keiner Weise eingeschränkt, auch wenn sich ihre Rechtsakte auf Maßnahmen auswirken können, die von den Mitgliedstaaten zur Durchführung einer Politik ergriffen sind, die nicht der Union unterworfen ist, wie z. B. der Bildungsbereich.

- *Nichtgeltung bei innerstaatlichen Sachverhalten:* Die Bestimmungen des Vertrages gehen davon aus, dass potenziell Freiheiten der Bürger aus anderen Mitgliedstaaten betroffen sind. Für rein interne Sachverhalte, die keinerlei grenzüberschreitenden Bezug haben, d. h. die keinerlei Auswirkung auf andere Unionsmitgliedstaaten haben oder haben könnten, finden die Grundfreiheiten keine Anwendung. So kann auch ein Mitgliedstaat seinen eigenen Angehörigen größere Belastungen aufbürden als den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten, so z. B. von ihnen eine Qualifikation verlangen, die er von den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten nicht verlangt.

- *Verhältnis zur Rechtsangleichung:* Viele Hindernisse bei der Durchsetzung der Grundfreiheiten sind durch den Erlass von Richtlinien bereits beseitigt. Die mit diesen Richtlinien – und nach dem Inkrafttreten des Verfassungsvertrags mit den Europäischen Rahmengesetzen – geschaffene Rechtslage ist vorrangig. So ist es nicht mehr möglich, sich auf Beschränkungen der Grundfreiheit zu berufen, wenn Richtlinien der Gemeinschaft (bzw. Rahmengesetze der Union) hier eine Rechtsangleichung vorgenommen haben. Dann sind die Maßnahmen festgeschrieben, die zur Verwirklichung eines bestimmten Zieles erforderlich sind. In Deutschland hat z. B. die Entsenderichtlinie, welche die Konditionen, mit denen ausländische Bauunternehmer in Deutschland ihr eigenes Personal beschäftigen und entlohnen dürfen, regelt, eine größere Aufmerksamkeit erlangt.
- *Unmittelbare Wirkung:* Der EuGH hat frühzeitig festgestellt, dass die Grundfreiheiten des EG-Vertrags den betroffenen Bürgern unmittelbare Rechte verleihen, auf die sich diese Bürger berufen können. So haben die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, sich unionsfreundlich zu verhalten (Art. 10 EGV bzw. Art. I-5 VVE 2004). Sie müssen alles tun, um den Grundfreiheiten zum Erfolg zu verhelfen.
- *Drittwirkung der Grundfreiheiten:* Die Frage, ob die Grundfreiheiten sich auch an Private richten, also unmittelbare Drittwirkung gegenüber anderen Bürgern entfalten, ist nach der Rechtsprechung nicht eindeutig zu beantworten. Bedeutsam hierfür ist, dass der EuGH bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Dienstleistungsfreiheit und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot bereits den Schritt zur unmittelbaren Drittwirkung angedeutet hat. Zunächst ist festzustellen, dass Kollektivregelungen (z. B. Tarifverträge, Verbandssatzungen) die Grundfreiheiten beachten müssen, da die Freizügigkeit gefährdet wäre, wenn derartige kollektive Vereinbarungen privater Art Schranken aufstellen könnten, die dem Staat verwehrt sind. Darüber hinaus hat der EuGH eine derartige Drittwirkung in einem Falle auch bei Beziehung zwischen Privatpersonen - im vorliegenden Fall im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit - angenommen.

8. Dienstleistungsfreiheit/Niederlassungsfreiheit und Gesundheitsmarkt

Die Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit besagt, dass jeder Bürger eines Landes, das Mitglied der EU ist, sich überall im EU-Gebiet niederlassen und seine Dienstleistung anbieten kann. Das ist vor allem für Ärzte, Heilpraktiker und andere Freiberufler von Bedeutung, da diese den Dienstleistungsbereich im Gesundheitswesen ausmachen. Gerade im

Gesundheitswesen hat die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit ihren positiven Effekt für die Mitgliedsstaaten gezeigt.

Auch darf nicht vergessen werden, dass im Sinne des Art. 48 EGV unter bestimmten Voraussetzungen auch Gesellschaften und andere Personenverbände den eigentlich durch Art. 43 EGV begünstigten natürlichen Personen gleichgestellt werden.

Als Gesellschaften, die den natürlichen Personen gleichgestellt werden, gelten gemäß Art. 48 Abs. 2 EGV die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die „sonstigen“ juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts. Den Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats gleichgestellt sind diese Personenverbände unter zwei Voraussetzungen:

- Sie müssen nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sein.
- Sie müssen ihren satzungsmäßigen Sitz oder ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung im Hoheitsgebiet der Gemeinschaft haben.

IV. Eingriffsmöglichkeiten

Die Mitgliedstaaten sind dazu verpflichtet, ihre nationalen Systeme an die Grundfreiheiten des Vertrages anzupassen (EuGH, Urteil vom 16.05.2006, Rs. C-372/04, *Yvonne Watts*, dort Rn. 146 und 147 für die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EG). Dies bedeutet beispielsweise für die Regelungen zum Fremdbesitzverbot einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung. Eine gemeinschaftsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit setzt nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs 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*“ (EuGH, Urteil vom 30.11.1995, Rs. C-55/04, *Gebhard*, Slg. 1995, S. 1-4165, Rn. 37; vgl. aus ständiger Rechtsprechung des EuGH Urteil vom 04.12.1986, Rs. 206/84, *Kommission./Irland*, Slg.

1986, S. 3817, Rn. 19; Urteil vom 31.03.1993, Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993, S. I-1663, Rn. 32; Urteil vom 04.07.2000, Rs. C-424/97, *Haim*, Slg. 2000, S. I-5123, Rn. 57; Urteil vom 01.02.2001, Rs. C-108/96, *Mac Quen*, Slg. 2001, S. I-837, Rn. 26; Urteil vom 21.04.2005, Rs. C-140/03, *Kommission./Hellenische Republik*, Slg. 2005, S. I-3177, Rn. 34).

Danach qualifizieren sich nur solche nichtdiskriminierende Maßnahmen als gerechtfertigt, die durch zwingende, geeignete Gründe des Allgemeininteresses als ultima ratio geboten sind. Als Rechtsgrundlage für die Beurteilung der Einschränkung der Grundfreiheiten des EGVertrages (Art. 43 und 48 für die Niederlassungsfreiheit und Art. 49 für die Dienstleistungsfreiheit) sind allein diese Vertragsbestimmungen anzuwenden und nicht der Vertragsvorbehalt des Art. 152 Abs. 5 EGV, der die Organisation des Gesundheitswesens den Mitgliedstaaten überantwortet, oder etwa ferner liegende Vorbehalte. In der Rechtsprechung des EuGH ist zwischenzeitlich anerkannt, dass die Mitgliedstaaten ihr Gesundheitswesen in eigener Verantwortung organisieren, aber verpflichtet sind, ihre nationalen Systeme an die Grundfreiheiten des Vertrages anzupassen.

1. Kompetenzfrage/Nichtanwendungspflicht

Steht einer nationalen Behörde die Befugnis zu, eine Kollision nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht festzustellen und ist sie im Fall der Unvereinbarkeit mit Grundfreiheiten des EGV dazu berechtigt, sogar verpflichtet, Vorschriften nationalen Rechts außer Anwendung zu lassen?

Der EuGH vertritt die Auffassung, dass eine Nichtanwendungspflicht für die Verwaltung ebenso wie für nationale Gerichte besteht, wenn sich der Einzelne auf eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung berufen kann (in seiner Entscheidung vom 22.6.1989 – C-103/88 – Rn. 28 ff – *Fratelli Costanzo* –). Hierauf hat der EuGH auch in seinen Entscheidungen (vom 19.1.1982 – Rs. 8/81 – und vom 26.2.1986 – Rs. 152/84 –) hingewiesen. Der Einzelne kann sich demzufolge in all den Fällen auf die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen berufen, in denen sie einer Richtlinie inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, wenn der Staat die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in nationales Recht umgesetzt hat. Diese Berufungsmöglichkeit soll möglich sein, weil die Verpflichtungen, die sich aus diesen Bestimmungen ergeben könnten,

für alle Behörden der Mitgliedstaaten gelten. Der EuGH hat in seiner Fratelli Costanzo-Entscheidung wörtlich ausgeführt (Siehe Fußnote 10, dort in Rdnr. 31):

„Es wäre im Übrigen widersprüchlich, zwar zu entscheiden, dass die einzelnen sich vor den nationalen Gerichten auf die Bestimmungen einer Richtlinie, die die oben herausgestellten Voraussetzungen erfüllen, berufen können, um das Verhalten der Verwaltung beanstanden zu lassen, trotzdem aber die Auffassung zu vertreten, dass die Verwaltung nicht verpflichtet ist, die Bestimmungen der Richtlinie dadurch einzuhalten, dass sie die Vorschriften des nationalen Rechts, die damit nicht in Einklang stehen, unangewendet lässt. Wenn die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes einzuhaltenden Voraussetzungen dafür erfüllt sind, dass die Einzelnen sich vor den nationalen Gerichten auf die Bestimmungen einer Richtlinie berufen können, sind folglich alle Träger der Verwaltung einschließlich der Gemeinden und der sonstigen Gebietskörperschaften verpflichtet, diese Bestimmungen anzuwenden.“

Bereits die Ebene der Verwaltung muss zu einem europarechtskonformen Vorgehen verpflichtet sein. Sie kann nicht erst durch die Gerichte zu einem europarechtskonformen Verhalten gezwungen werden müssen. Konsequenterweise müssen dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende nationale Vorschriften von dem jeweils im konkreten Fall zuständigen staatlichen Träger außer Anwendung gelassen werden. Der absolute Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts muss also bereits auf der Ebene der Verwaltung zu spüren sein. Nach Auffassung des EuGH ist es demzufolge, Aufgabe aller mitgliedstaatlichen Behörden, unabhängig von ihrer Ebene oder ihrem Bereich, die Einhaltung des vorrangigen Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten (hierzu etwa Urteil vom 12.6.1990 – C-8/88 – Rn. 13 (BRD ./ EAGFL)). Diese Auffassung hat der EuGH in seinen späteren Entscheidungen (vom 29.4.1999 – C-224/97 – Ciola – Rn. 26 ff.; 26.9.2000 – C-262/97 – Rn. 38 – Engelbrecht – und vom 22.5.2003 – C-462/99 – Rn. 38 ff.) nochmals bekräftigt, in denen er wiederholt auf die Vorrangigkeit des Gemeinschaftsrechts gegenüber den nationalen Vorschriften einging. Gemeinschaftsrecht gilt in jedem Mitgliedsstaat unmittelbar, daher haben nationale Behörden und damit alle Träger der Verwaltungen, die Rechte zugunsten der Betroffenen zu achten und zu wahren. Entgegenstehende nationale Bestimmungen sind daher unanwendbar. Vielmehr müssen zur Erfüllung der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Verpflichtungen, geeignete Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art getroffen werden. Im Übrigen ist eine seitens des EuGH ausgelegte Bestimmung des Gemeinschaftsrechts von einer Verwaltungsbehörde auch auf solche Rechtsbeziehungen anzuwenden, die vor dem Erlass der

Vorabentscheidung des EuGH entstanden sind (Entscheidung vom 13.1.2004 – C-453/00 – Rn. 22, DVBL 2004, 373 ff.).

Der Fiammiferi-Entscheidung (Entscheidung des EuGH vom 9.9.2003 – C-198/01 – „Fiammiferi“) des EuGH kommt eine besondere Aussagekraft zu. Dieser lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die italienische Wettbewerbsbehörde (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) hatte im Rahmen einer Überprüfung aufgrund der Beschwerde eines deutschen Zündholzherstellers, der behauptete beim Absatz seiner Erzeugnisse Schwierigkeiten auf dem italienischen Markt zu haben, festgestellt, dass das System aus nationalen Rechtsvorschriften, die das Konsortium der italienischen Zündholzhersteller (Consorzio Industrie Fiammiferi – CIF) begründen und seine Tätigkeit regeln, gegen die Art. 10 und 81 EGV verstoße. CIF und seine Mitglieder würden durch die Zuteilung von Erzeugnisquoten Art. 81 EGV verletzen. Die Wettbewerbsbehörde ordnete daher an, die festgestellten Verstöße abzustellen. Sie untersuchte dabei für ihre Feststellung des Gemeinschaftsrechtsverstößes komplexe italienische Rechtsvorschriften (verschiedener Geltungszeiträume) zur Regelung des Systems des Zündholzmonopols.

Das gesetzliche Zündholzsystem Italiens stand also auf dem Prüfstand einer Behörde, die es vor jeder gerichtlichen Feststellung als gemeinschaftswidrig einstufte. Gegen diese Prüfung wendete das CIF im Klagverfahren ein, dass der Wettbewerbsbehörde durch italienische Rechtsvorschriften befugt sei, Art. 81 EGV anzuwenden, um wettbewerbswidrige Absprachen festzustellen und zu sanktionieren. Allerdings würden der Wettbewerbsbehörde dadurch keine Befugnisse eingeräumt werden, die Gültigkeit nationaler Gesetzgebungsakte im Hinblick auf Art. 3 EGV in Verbindung mit den Art. 10 EGV und 82 EGV zu prüfen. Das Verwaltungsgericht Lazio legte dem EuGH vor u.a. mit folgender Frage:

„Wenn eine Absprache zwischen Unternehmen ungünstige Auswirkungen auf den Handel in der Gemeinschaft hat und wenn diese Absprache durch nationale Rechtsvorschriften, die diese Wirkungen rechtfertigen oder verstärken, vorgeschrieben und erleichtert wird, besonders im Hinblick auf die Festlegung von Preisen oder auf Marktaufteilungsvereinbarungen, schreibt Artikel 81 EG dann der nationalen Wettbewerbsbehörde vor oder erlaubt er ihr, diese Vorschriften nicht anzuwenden und das wettbewerbswidrige Verhalten der Unternehmen zu bestrafen oder es jedenfalls für die Zukunft zu verbieten, und wenn ja, mit welchen Folgen?“

Der EuGH beantwortete diese Frage damit, dass nicht nur den nationalen Gerichten sondern allen staatlichen Organe die Pflicht obliege, dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende nationale Rechtsvorschriften unangewendet zu lassen. Zu den staatlichen Organen gehören auch die Verwaltungsbehörden. Wenn man es zuließe, dass nationale Behörden im Rahmen einer Untersuchung über das Verhalten von Unternehmern im Rahmen von Art. 81 EGV nicht feststellen könnten, dass eine nationale Maßnahme gegen Art. 10 EGV in Verbindung mit Art. 81 EGV verstößt und sie daher nicht unangewendet lassen könnte (Rn. 49, 50), würde dies die Wirksamkeit der Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft in der Praxis verringern. Die Nichtanwendungspflicht richtet sich also nicht nur an Zentralbehörden sondern an alle zuständigen staatlichen Träger.

Allerdings ist dies nicht nur auf der Ebene des EuGH sondern auch seitens der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf nationaler Ebene so entschieden worden. So hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 29.11.1990 (- 3 C 77/87 -, NVwZ 1992, 783 ff.) den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber widerstreitendem nationalem Recht bejaht. Der Anwendungsvorrang führe zwar nach seiner Sicht nicht zur Nichtigkeit der nationalen Bestimmungen. Für die Zeit des „Widerspruchs“ seien aber die entgegenstehenden Bestimmungen des nationalen Rechts einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung nicht zugrunde zu legen.

Diesen Entscheidungen steht keine „Sperrwirkung“ des Art. 20 GG aus den Gründen des Apothekerurteils des BVerfG vom 13.2.1964 (- 1 BvL 17/61 u.a. - BVerfGE 17, 232 ff.) entgegen. Denn gerade hinsichtlich der in der Zwischenzeit erfolgten Gesetzesänderungen, insbesondere der Aufweichungen des Fremd- und Mehrbesitzverbots und der daraus zu ziehenden Neubewertungen, kann sich keine Bindung an die Feststellungen der Verfassungsorgane oder Verwaltungsträger aus dem Jahre 1964 ergeben. Vor allem wenn man sich vor Augen führt, dass bei der damaligen Entscheidung noch gar kein Gemeinschaftsrechtsbezug bestand.

Für eine derartige Sperrwirkung spricht auch nicht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.3.2006 (1 BvR 1054/01 - DVBL 2006, 625 ff.). In dieser Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht das bayerische Sportwettenmonopol wegen Verstoßes gegen Art. 12 GG für verfassungswidrig erachtet. Um den Verstoß auf

gesetzlichem Wege auszuräumen, wurde dem Gesetzgeber eine Übergangsfrist zum 31.12.2007 eingeräumt. Ebenso führen andere Entscheidungen einzelner Obergerichte nicht zu einer anderen Einschätzung (hierzu etwa OVG Münster, Beschlüsse vom 28.6.2006 – 4 B 961/06 – DVBL 2006, 1462 ff; und vom 9.10.2006 – 4 B 898/06 –; Hess. VGH Beschluss vom 25.7.2006 – TG 1465/06 – jeweils zitiert nach Juris).

Nach der überzeugenden und ständigen Rechtsprechung nicht nur des EuGH sondern auch der nationalen Gerichte besteht kein Raum für Gegenargumente. Zusammenfassend gilt daher die Nichtanwendungspflicht gemeinschafts-rechtswidriger nationaler Vorschriften durch Behörden. Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit als auch hinsichtlich der Gefahr „anarchischer Verwerfungspraxis“ wird die Nichtanwendungspflicht auch vorliegend durch das OVG dahingehend eingeschränkt (hierzu etwa Calliess/Ruffert, EUV und EGV, 2. Auflage Art. 10, Rn. 43 m.w.N.; Martini, DVBl. 2007, 10 ff.), dass diese Pflicht nur besteht, wenn der Verstoß der betreffenden Vorschrift gegen Gemeinschaftsrecht vom EuGH in seiner Rechtsprechung festgestellt oder der Verstoß offenkundig beziehungsweise evident ist. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn seitens des EuGH bereits derselbe Sachverhalt bei wesensgleichen Normen in anderen Mitgliedstaaten entschieden wurde. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, vor allem hinsichtlich der wesensgleichen Normen und demselben Sachverhalt, mag im Einzelfall eine schwierig zu beantwortende Frage sein.

2. Verfahren

Die Koordinierung der gesundheitspolitischen Entwicklung in Europa wurde in den letzten Jahren wesentlich durch die Rechtsprechung des EuGH beeinflusst, der durch die Entscheidungen in den Rechtssachen Kohll und Decker vom 28.04.1998 Grundsatzentscheidungen zur Warenverkehrsfreiheit (EuGH, Slg. 1998, I-1831 - Decker -) und zur Dienstleistungsfreiheit (EuGH, Slg. 1998, I-1931 - Kohll -) getroffen hat. Danach gelten die Grundsätze des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit auch im Bereich der ambulanten und stationären Behandlung. Versicherte können sich somit Leistungen gegen Kostenerstattung zu Lasten öffentlich-rechtlicher Versicherungsträger selbst beschaffen. Der EuGH hat auch festgestellt, dass ein nationales Sachleistungssystem den Kostenerstattungsanspruch nicht behindert (EuGH, Slg. 2003, I-04509 - Müller-Fauré -). Eine der wichtigsten gesundheitspolitischen Maßnahmen auf europäischer Ebene stellt zudem die Revision der europäischen Arzneimittelgesetzgebung dar. Um einen hohen

Qualitätsstandard von Heilpflanzen zu garantieren, wurde eine Richtlinie zum Schutz der Gesundheit der Verbraucher erarbeitet, die Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Heilpflanzen und Heilkräuter enthält. Die Änderung der Etikettierungsrichtlinie für Lebensmittel belegt wiederum beispielhaft die Koppelung von Gesundheitsschutz und Verbraucherschutz.

V. Zur Entscheidung des OVG

Im Zusammenhang mit Diskussion über das Fremdbesitzverbot sind diverse Argumente seitens der Befürworter des Verbotes angeführt worden. Die meisten waren von Emotionalität und Polemik geleitet. Dem OVG ist es gelungen die wesentlichen Punkte der Thematik herauszuarbeiten. In der nachfolgenden Darstellung und Herausarbeitung der wesentlichen Argumente sieht der Verfasser von folgenden Fragen ab: „Muss in einem Eilverfahren zu einer Aussetzung und Vorlage an den Europäischen Gerichtshof kommen, wenn innerhalb des Verfahrens europarechtliche Fragestellungen eine wesentliche Rolle spielen?“ und „Kann im vorliegenden Fall eine Antragsbefugnis aus Grundrechtsverletzung hergeleitet werden?“

1. Kollision nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht

Dass die DocMorris N.V. als niederländischer Kapitalgesellschaft erteilte Erlaubnis gegen die Vorschriften der §§ 2, 7 und 8 ApoG verstößt, wurde seitens der Beteiligten nicht bestritten. Mit dieser Erlaubniserteilung gehen zwei zentrale, wenn nicht die wichtigsten Punkte der Entscheidungen des OVG einher. Zum einen geht es um die Frage der Nichtanwendung nationalen Rechts bzw. um die Nichtanwendungspflicht durch eine Behörde eines Mitgliedsstaates. Zum anderen stellt sich natürlich die Frage ob überhaupt eine Kollision von nationalem mit Gemeinschaftsrecht vorliegt. Letzteres könnte in Betracht kommen, wenn man von einer Übertragbarkeit der sogenannten Optikerentscheidung des EuGH ausginge. Das OVG hat diese Kernfragen zutreffender Weise als Kompetenz- und Inhaltsfrage bezeichnet.

a) Kompetenzfrage

Steht einer nationalen Behörde die Befugnis zu, eine Kollision nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht festzustellen und ist sie im Fall der Unvereinbarkeit mit Grundfreiheiten

des EGV dazu berechtigt, sogar verpflichtet, Vorschriften nationalen Rechts außer Anwendung zu lassen?

Zur Beantwortung dieser Frage verweist der erkennende Senat des OVG auf die, um seine Worte zu benutzen, „überzeugende ständige Rechtsprechung des EuGH“. Der Gerichtshof vertritt die Auffassung, dass eine Nichtanwendungspflicht für die Verwaltung ebenso wie für nationale Gerichte besteht, wenn sich der Einzelne auf eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung berufen kann (in seiner Entscheidung vom 22.6.1989 – C-103/88 – Rn. 28 ff – Fratelli Costanzo –). Hierauf hat der EuGH auch in seinen Entscheidungen (vom 19.1.1982 – Rs. 8/81 – und vom 26.2.1986 – Rs. 152/84 –) hingewiesen. Der Einzelne kann sich demzufolge in all den Fällen auf die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen berufen, in denen sie einer Richtlinie inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, wenn der Staat die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in nationales Recht umgesetzt hat. Diese Berufungsmöglichkeit soll möglich sein, weil die Verpflichtungen, die sich aus diesen Bestimmungen ergeben könnten, für alle Behörden der Mitgliedstaaten gelten. Der EuGH hat in seiner Fratelli Costanzo-Entscheidung wörtlich ausgeführt (Siehe Fußnote 10, dort in Rdnr. 31):

„Es wäre im Übrigen widersprüchlich, zwar zu entscheiden, dass die einzelnen sich vor den nationalen Gerichten auf die Bestimmungen einer Richtlinie, die die oben herausgestellten Voraussetzungen erfüllen, berufen können, um das Verhalten der Verwaltung beanstanden zu lassen, trotzdem aber die Auffassung zu vertreten, dass die Verwaltung nicht verpflichtet ist, die Bestimmungen der Richtlinie dadurch einzuhalten, dass sie die Vorschriften des nationalen Rechts, die damit nicht in Einklang stehen, unangewendet lässt. Wenn die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes einzuhaltenden Voraussetzungen dafür erfüllt sind, dass die Einzelnen sich vor den nationalen Gerichten auf die Bestimmungen einer Richtlinie berufen können, sind folglich alle Träger der Verwaltung einschließlich der Gemeinden und der sonstigen Gebietskörperschaften verpflichtet, diese Bestimmungen anzuwenden.“

Bereits die Ebene der Verwaltung muss zu einem europarechtskonformen Vorgehen verpflichtet sein. Sie kann nicht erst durch die Gerichte zu einem europarechtskonformen Verhalten gezwungen werden müssen. Konsequenterweise müssen dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende nationale Vorschriften von dem jeweils im konkreten Fall zuständigen staatlichen Träger außer Anwendung gelassen werden. Der absolute Anwendungsvorrang des

Gemeinschaftsrechts muss also bereits auf der Ebene der Verwaltung zu spüren sein. Nach Auffassung des EuGH ist es demzufolge, Aufgabe aller mitgliedstaatlichen Behörden, unabhängig von ihrer Ebene oder ihrem Bereich, die Einhaltung des vorrangigen Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten (hierzu etwa Urteil vom 12.6.1990 – C-8/88 – Rn. 13 (BRD ./ EAGFL)). Diese Auffassung hat der EuGH in seinen späteren Entscheidungen (vom 29.4.1999 – C-224/97 – Ciola – Rn. 26 ff.; 26.9.2000 – C-262/97 – Rn. 38 – Engelbrecht – und vom 22.5.2003 – C-462/99 – Rn. 38 ff.) nochmals bekräftigt, in denen er wiederholt auf die Vorrangigkeit des Gemeinschaftsrechts gegenüber den nationalen Vorschriften einging. Gemeinschaftsrecht gilt in jedem Mitgliedsstaat unmittelbar, daher haben nationale Behörden und damit alle Träger der Verwaltungen, die Rechte zugunsten der Betroffenen zu achten und zu wahren. Entgegenstehende nationale Bestimmungen sind daher unanwendbar. Vielmehr müssen zur Erfüllung der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Verpflichtungen, geeignete Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art getroffen werden. Im Übrigen ist eine seitens des EuGH ausgelegte Bestimmung des Gemeinschaftsrechts von einer Verwaltungsbehörde auch auf solche Rechtsbeziehungen anzuwenden, die vor dem Erlass der Vorabentscheidung des EuGH entstanden sind (Entscheidung vom 13.1.2004 – C-453/00 – Rn. 22, DVBL 2004, 373 ff.).

Aus Sicht des OVG kommt der Fiammiferi-Entscheidung (Entscheidung des EuGH vom 9.9.2003 – C-198/01 – „Fiammiferi“) des EuGH, einem ebenso wie dem DocMorris-Verfahren komplexen Fall, eine besondere Aussagekraft zu. Dieser lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die italienische Wettbewerbsbehörde (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) hatte im Rahmen einer Überprüfung aufgrund der Beschwerde eines deutschen Zündholzherstellers, der behauptete beim Absatz seiner Erzeugnisse Schwierigkeiten auf dem italienischen Markt zu haben, festgestellt, dass das System aus nationalen Rechtsvorschriften, die das Konsortium der italienischen Zündholzhersteller (Consorzio Industrie Fiammiferi – CIF) begründen und seine Tätigkeit regeln, gegen die Art. 10 und 81 EGV verstoße. CIF und seine Mitglieder würden durch die Zuteilung von Erzeugnisquoten Art. 81 EGV verletzt. Die Wettbewerbsbehörde ordnete daher an, die festgestellten Verstöße abzustellen. Sie untersuchte dabei für ihre Feststellung des Gemeinschaftsrechtsverstoßes komplexe italienische Rechtsvorschriften (verschiedener Geltungszeiträume) zur Regelung des Systems des Zündholzmonopols.

Das gesetzliche Zündholzsystem Italiens stand also auf dem Prüfstand einer Behörde, die es

vor jeder gerichtlichen Feststellung als gemeinschaftswidrig einstufte. Gegen diese Prüfung wendete das CIF im Klagverfahren ein, dass der Wettbewerbsbehörde durch italienische Rechtsvorschriften befugt sei, Art. 81 EGV anzuwenden, um wettbewerbswidrige Absprachen festzustellen und zu sanktionieren. Allerdings würden der Wettbewerbsbehörde dadurch keine Befugnisse eingeräumt werden, die Gültigkeit nationaler Gesetzgebungsakte im Hinblick auf Art. 3 EGV in Verbindung mit den Art. 10 EGV und 82 EGV zu prüfen. Das Verwaltungsgericht Lazio legte dem EuGH vor u.a. mit folgender Frage:

„Wenn eine Absprache zwischen Unternehmen ungünstige Auswirkungen auf den Handel in der Gemeinschaft hat und wenn diese Absprache durch nationale Rechtsvorschriften, die diese Wirkungen rechtfertigen oder verstärken, vorgeschrieben und erleichtert wird, besonders im Hinblick auf die Festlegung von Preisen oder auf Marktaufteilungsvereinbarungen, schreibt Artikel 81 EG dann der nationalen Wettbewerbsbehörde vor oder erlaubt er ihr, diese Vorschriften nicht anzuwenden und das wettbewerbswidrige Verhalten der Unternehmen zu bestrafen oder es jedenfalls für die Zukunft zu verbieten, und wenn ja, mit welchen Folgen?“

Der EuGH beantwortete diese Frage damit, dass nicht nur den nationalen Gerichten sondern allen staatlichen Organe die Pflicht obliege, dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende nationale Rechtsvorschriften unangewendet zu lassen. Zu den staatlichen Organen gehören auch die Verwaltungsbehörden. Wenn man es zuließe, dass nationale Behörden im Rahmen einer Untersuchung über das Verhalten von Unternehmern im Rahmen von Art. 81 EGV nicht feststellen könnten, dass eine nationale Maßnahme gegen Art. 10 EGV in Verbindung mit Art. 81 EGV verstößt und sie daher nicht unangewendet lassen könnte (Rn. 49, 50), würde dies die Wirksamkeit der Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft in der Praxis verringern. Die Nichtanwendungspflicht richtet sich also nicht nur an Zentralbehörden sondern an alle zuständigen staatlichen Träger.

Allerdings ist dies nicht nur auf der Ebene des EuGH sondern auch seitens der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf nationaler Ebene so entschieden worden. So hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 29.11.1990 (- 3 C 77/87 -, NVwZ 1992, 783 ff.) den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber widerstrebendem nationalem Recht bejaht. Der Anwendungsvorrang führe zwar nach seiner Sicht nicht zur Nichtigkeit der nationalen Bestimmungen. Für die Zeit des „Widerspruchs“ seien aber die

entgegenstehenden Bestimmungen des nationalen Rechts einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung nicht zugrunde zu legen.

Diesen Entscheidungen steht nach Auffassung des OVG nicht eine „Sperrwirkung“ des Art. 20 GG aus den Gründen des Apothekerurteils des BVerfG vom 13.2.1964 (– 1 BvL 17/61 u.a. - BVerfGE 17, 232 ff.) entgegen. Denn gerade hinsichtlich der in der Zwischenzeit erfolgten Gesetzesänderungen, insbesondere der Aufweichungen des Fremd- und Mehrbesitzverbots und der daraus zu ziehenden Neubewertungen, kann sich keine Bindung an die Feststellungen der Verfassungsorgane oder Verwaltungsträger aus dem Jahre 1964 ergeben. Vor allem wenn man sich vor Augen führt, dass bei der damaligen Entscheidung noch gar kein Gemeinschaftsrechtsbezug bestand.

Für eine derartige Sperrwirkung spricht auch nicht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.3.2006 (1 BvR 1054/01 - DVBL 2006, 625 ff.). In dieser Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht das bayerische Sportwettenmonopol wegen Verstoßes gegen Art. 12 GG für verfassungswidrig erachtet. Um den Verstoß auf gesetzlichem Wege auszuräumen, wurde dem Gesetzgeber eine Übergangsfrist zum 31.12.2007 eingeräumt. Ebenso führen andere Entscheidungen einzelner Obergerichte nicht zu einer anderen Einschätzung (hierzu etwa OVG Münster, Beschlüsse vom 28.6.2006 – 4 B 961/06 – DVBL 2006, 1462 ff; und vom 9.10.2006 – 4 B 898/06 –; Hess. VGH Beschluss vom 25.7.2006 – TG 1465/06 – jeweils zitiert nach Juris).

Nach der überzeugenden und ständigen Rechtsprechung nicht nur des EuGH sondern auch der nationalen Gerichte besteht kein Raum für Gegenargumente. Zusammenfassend gilt daher die prinzipiell und auch durch das OVG zuerkannte Nichtanwendungspflicht gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Vorschriften durch Behörden. Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit als auch hinsichtlich der Gefahr „anarchischer Verwerfungspraxis“ wird die Nichtanwendungspflicht auch vorliegend durch das OVG dahingehend eingeschränkt (hierzu etwa Calliess/Ruffert, EUV und EGV, 2. Auflage Art. 10, Rn. 43 m.w.N.; Martini, DVBl. 2007, 10 ff.), dass diese Pflicht nur besteht, wenn der Verstoß der betreffenden Vorschrift gegen Gemeinschaftsrecht vom EuGH in seiner Rechtsprechung festgestellt oder der Verstoß offenkundig beziehungsweise evident ist. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn seitens des EuGH bereits derselbe Sachverhalt bei wesensgleichen Normen in anderen Mitgliedstaaten entschieden wurde. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, vor allem hinsichtlich der

wesensgleichen Normen und demselben Sachverhalt, mag im Einzelfall eine schwierig zu beantwortende Frage sein. Aus Sicht des Senats ist dahingehend eine Überzeugungsgewissheit über den Verstoß nationaler Bestimmungen gegen vorrangiges Gemeinschaftsrecht nicht nur als erforderlich sondern auch als ausreichend zu erachten. Eine bloße Vermutung reicht nicht aus. Im vorliegenden Fall wurde dieser Gesichtspunkt dadurch ergänzt, dass es sich bei der im Streit stehenden Apothekenbetriebserlaubnis, um eine gebundene Entscheidung handelt, die gerichtlich uneingeschränkt nachprüfbar ist, und zwar unabhängig von der von der Behörde im Einzelnen ihrer Entscheidung beigefügten Begründung. An der Überzeugungsgewissheit bestehen, wie sich auch aus dem anschließend Punkt der Inhaltsfrage ergibt, keine Zweifel.

b) zur Inhaltsfrage

Die sogenannte Inhaltsfrage beschäftigt sich vorwiegend mit der Übertragbarkeit der Optikerentscheidung auf Apotheker. Zudem ist maßgeblich, wie der Inhalt und der Umfang der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EGV und deren zulässige Einschränkungen ausgelegt werden kann.

aa) Optiker-Entscheidung

In seiner Optikerentscheidung vom 21.4.2005 hat der EuGH am Maßstab der primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit des griechischen Fremd- und Mehrbesitzverbots für Optikergeschäfte geprüft (EuGH, Urteil vom 21.4.2005 – C-140/03 -, zitiert nach Juris sowie zur weiteren Auslegung Schlussanträge des Generalanwalts in diesem Fall vom 7.12.2004 – C-140/03 -, zitiert nach Juris, im Folgenden als Schlussanträge des Generalanwalts bezeichnet). Nach dem zur Prüfung gestellten griechischen Recht galt für Optikergeschäfte ein Fremdbesitzverbot, das heißt Optikergeschäfte konnten nur von Inhabern einer Optikerlizenz errichtet werden und mussten auch von diesen persönlich geleitet werden. Zudem konnten anerkannte Optiker eine offene Handelsgesellschaft errichten. Fremde im Sinne des Fremdbesitzverbots und damit Nichtoptiker konnten nicht Eigentümer eines Optikergeschäfts werden. Dieses Verbot galt insbesondere für Kapitalgesellschaften wie Aktiengesellschaften, die von einem Eigentum an einem Optikergeschäft vollständig ausgeschlossen waren. Bezogen auf die Niederlassungsfreiheit brachte dies mit sich, dass Kapitalgesellschaften, die innerhalb der EG

rechtmäßig ein Optikergeschäft mit Angestellten betrieben, von einer Niederlassung in Griechenland ausgeschlossen waren. Argumentiert wurde dieser Ausschluss mit den Argumenten, die Verbote würden die Gefahr einer vollständigen Kommerzialisierung fernhalten und ferner würden sie dazu dienen, die öffentliche Gesundheit zu schützen und den persönlichen Kontakt des Optikers mit seinen Kunden zu erhalten (EuGH, Urteil vom 21.4.2005 – C-140/03, Rdnr. 33). Die ins Feld geführten Argumente für den Erhalt des Fremdbesitzverbotes konnten vor dem EuGH nicht stand halten. Allen Argumenten zum trotz stellte der EuGH eine Verletzung des Übermaßverbots durch das Fremdbesitzverbot fest (EuGH, Urteil vom 21.4.2005 – C-140/03, Rdnr. 36).

„Im vorliegenden Fall genügt die Feststellung, dass das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, auf das die Hellenische Republik sich beruft, mit Maßnahmen erreicht werden kann, die die Niederlassungsfreiheit sowohl natürlicher Personen als auch juristischer Personen weniger einschränken, z.B. durch das Erfordernis, dass in jedem Optikergeschäft als Arbeitnehmer oder als Gesellschafter diplomierte Optiker anwesend sein müssen, durch die für die zivilrechtliche Haftung für das Verhalten eines Dritten geltenden Vorschriften sowie durch Bestimmungen, die eine Berufshaftpflichtversicherung vorschreiben.“ (EuGH, Urteil vom 21.4.2005 – C-140/03; Rdnr. 35)

Der EuGH folgte in der Optiker-Entscheidung den Darstellungen des Generalanwalts und stellte fest, dass es zum Schutz der öffentlichen Gesundheit ausreicht, wenn ein diplomierter Optiker als Arbeitnehmer oder als Gesellschafter, also unabhängig von der Eigentumsform, anwesend ist. Das griechische Fremdbesitzverbot würde nach Auffassung des EuGH über das hinausgehen, was zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich ist und dabei das Übermaßverbot verletzen würde.

bb) Inhalt und Umfang der Niederlassungsfreiheit

Rechtsgrundlage im primären Gemeinschaftsrecht sind die beiden Regelungen der Niederlassungsfreiheit in Art. 43 EGV und Art. 48 EGV. Artikel 43 garantiert für natürliche Personen die Niederlassungsfreiheit innerhalb der EG durch Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Art. 48 EGV. Artikel 48 EGV erstreckt die Niederlassungsfreiheit auf Gesellschaften einschließlich juristischer Personen und damit auf

Kapitalgesellschaften und stellt sie den natürlichen Personen gleich. Demnach genießen nach dem EGV juristische Personen in gleichem Maße Niederlassungsfreiheit wie natürliche (Schlussanträge des Generalanwalts, Rn. 47; Gleichstellung im Optikerurteil Rn. 35 als „Niederlassungsfreiheit sowohl natürlicher Personen als auch juristischer Personen“). Personen- und Kapitalgesellschaften genießen nach Art. 48 Abs. 2 EGV dieselbe Niederlassungsfreiheit.

Die Niederlassungsfreiheit stellt kein bloßes Diskriminierungsverbot, vielmehr eine grundlegende Freiheit dar (EuGH im Fall Kraus, Urteil vom 31.3.1993 – C-19/92 – Rn. 16, zitiert nach Juris; zum älteren Verständnis der Niederlassungsfreiheit lediglich als Diskriminierungsverbot noch EuGH, im Laborfall, Urteil vom 12.2.1987 – 221/85 – zitiert nach Juris). Sie ist ein fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts (EuGH im Fall Kraus, Urteil vom 31.3.1993 – C-19/92 –, Rn. 19) und ist untrennbar mit der europäischen Einheit verbunden (Generalanwalt, Schlussanträge zum Optikerurteil Rn. 19). Daher ist es ausgeschlossen, ihren Gehalt durch bloße Erwägungsgründe in sekundärrechtlichen Richtlinien in Frage zu stellen. Abgesehen von zusätzlichen weiteren Rechtfertigungsvoraussetzungen sind Behinderungen der Niederlassungsfreiheit nur dann gerechtfertigt, wenn dafür zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen (EuGH, Optikerurteil Rn. 34; grundlegend bereits EuGH im Urteil Gebhard vom 30.11.1995 – C-55/94 –, Rn. 37 dort mit dem kumulativ anzuwendenden Schrankenquartett, dass die Behinderungen nicht diskriminierend sein dürfen, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt, zur Zielverwirklichung geeignet sein müssen und nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist).

cc) Übertragbarkeit

(1) Niederlassungsfreiheit

Schon bei Betrachtung der Niederlassungsfreiheit an sich sprechen Gesichtspunkte dafür, dass der EuGH die sehr strengen Voraussetzungen im Sinne zwingender Gründe für das Verbot der Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften, denen das griechische Fremdbesitzverbot für Optikergeschäfte gemeinschaftsrechtlich nicht standgehalten hat, auch auf das deutsche Fremdbesitzverbot für Apotheken übertragen wird. Die Niederlassungsfreiheit kommt als

fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts allen Kapitalgesellschaften des EG-Raums zugute.

(2) Problemstruktur

Weiterer Gesichtspunkt für die Übertragbarkeit des Optikerurteils auf die deutsche Regelung ist die gleiche Problemstruktur. In beiden Fällen ist gemeinschaftsrechtlich ein Fremdbesitzverbot in Form eines vollständigen Niederlassungsverbots für Kapitalgesellschaften zu prüfen. Nach der vom EuGH überprüften griechischen Regelung von Art. 6 Abs. 6 des griechischen Gesetzes Nr. 971/79 werden Optikergeschäfte von Optikern als Betriebserlaubnisinhaber persönlich geleitet. Die in Frage stehende deutsche Regelung in § 7 Satz 1 ApoG lautet: „Die Erlaubnis verpflichtet zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung.“ Eine Kapitalgesellschaft kann eine Apotheke nicht persönlich leiten, sondern nur durch Angestellte, es liegt also in der Logik der dargestellten Regelung, dass nur Formen der Personalgesellschaft zugelassen werden (Generalanwalt, Schlussanträge zum Optikerurteil vom 7.12.2004 – C-140/03 -, Rn. 51). Hinsichtlich Kapitalgesellschaften enthalten sowohl die griechischen als auch die deutschen Regelungen ausschließlich eine Verbots- keine Kontrollstruktur. Es werden also keine strengeren Voraussetzungen für Kapitalgesellschaften gesetzt sondern sie werden schlichtweg von vornherein verboten.

(3) Problemlösung

Noch ein Gesichtspunkt für die Übertragbarkeit ist die dem Optikerurteil nach den Ausarbeitungen des Generalanwaltes zugrunde liegende Problemlösung. Danach dürfen Gefahren nur in einem Bereich bekämpft werden, wo sie auch existieren. Unterschieden wird der interne Bereich, der das Eigentum an dem Geschäft umfaßt, vom externen Bereich, der die Beziehungen zu Kunden und Patienten umfasst (Schlussanträge des Generalanwalts vom 7.12.2004 – C-140/03 -, Rn. 34). Diese Sichtweise lässt sich ohne weiteres übertragen. Zum einen spricht dafür die Wortwahl des Generalanwalts, die „Patienten“ einschließt, und zum anderen spricht der Sinn der Lösung dafür. Es geht nicht um eine formelle, begriffs-juristische Zerlegung eines einheitlichen Geschäfts in zwei künstliche Bereiche. Es geht vielmehr darum, bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit weniger schwer wiegende Folgen für die gemeinschaftsrechtliche Freiheit zu erreichen (Generalanwalt, Schlussanträge vom 7.12.2004, Rn. 36).

Die Trennung der Bereiche in intern und extern ermöglicht bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung die klare Differenzierung, in welchem Bereich die Gesundheitsgefahren für die Patienten vorhanden sind und in welchem Bereich die zu prüfenden staatlichen Maßnahmen ansetzen. Hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit gibt es kein derartiges „Vorsorgeprinzip“, mit dem ein nationaler Staat zunächst einmal die Niederlassungsfreiheit vorbeugend verbieten darf. Besteht überhaupt in einem der beiden Bereiche eine Gefahr, dann nicht im internen Bereich sondern im externen, genauer gesagt im Umgang mit dem Patienten, vor allem in fehlender oder falscher Beratung. Diese Gefahr kann ausgeschlossen und gleichzeitig das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit dadurch erreicht werden, dass wie hinsichtlich der Optiker vorgeschlagen, in jeder Apotheke unabhängig vom jeweiligen Angestelltenverhältnis ein approbierter Apotheker anwesend sein muss. Auch die EU-Kommission bezieht das Anliegen des Gesundheitsschutzes auf die Abgabe von Arzneimitteln, die ausschließlich von professionellem und qualifiziertem Personal durchgeführt werden soll (Beschluss der EU-Kommission vom 28.6.2006 – IP/06/858 -, Seite 3, dort zum Vertragsverletzungsverfahren mit Blick auf das spanische Fremdbesitzverbot). Dass die Abgabe weiterhin dergestalt verlaufen soll, steht auch bei einer Abschaffung des Fremdbesitzverbotes gar nicht zur Frage. Das Fremdbesitzverbot beschäftigt sich ausschließlich mit der Eigentumsform. Die Befürworter des Fremdbesitzverbots unterliegen dem Fehler, dass sie innerhalb des Fremdbesitzverbots den internen Bereich der Inhaberschaft mit dem externen Bereich der angebotenen Dienstleistungen vermischen (Generalanwalt, Schlussanträge vom 7.12.2004 – C-140/03 -, Rn. 55). Dies erfolgt aber zum Nachteil der im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheit (Generalanwalt, Schlussanträge vom 7.12.2004 – C-140/03 -, Rn. 55).

Nicht nur die Herangehensweise der Trennung der Bereiche in intern und extern lässt sich auf die Apotheke nach Auffassung des OVG übertragen. Vielmehr stimmt nach Auffassung des OVG auch der Zweck der Lösungskonstruktion, weniger schwerwiegende Folgen für die gemeinschaftsrechtliche Freiheit zu erreichen, überein. Der vollständig gleiche Zweck sei das durchgreifende Argument für die Übertragung der europäischen Lösung im griechischen Fremdbesitzverbot für Optiker auf das deutsche Fremdbesitzverbot für Apotheker.

(4) Vertragsverletzungsverfahren

Nicht zu vergessen ist an dieser Stelle, dass die Kommission bereits gegen Italien, Spanien und Österreich Vertragsverletzungen aufgrund des Fremdbesitzverbotes nach Art. 226 EGV eingeleitet hat (Beschluss der EU-Kommission vom 28.6.2006 – IP/06/858 -).

In der Begründung dieser Verfahren erklärt die EU-Kommission, sie halte ein Verbot für Kapitalgesellschaften, Apotheken zu erwerben, für gemeinschaftswidrig. Nach ihrer Auffassung könne die Qualität der von einer Apotheke erbrachten Dienstleistung auch durch Kontrollen und Formen der professionellen Verantwortung sichergestellt werden. Dazu bedürfe es nicht einer bestimmten Rechtsform der Apotheke. Gerade dafür beruft sich die Kommission auf die Begründung des EuGH in seinem Urteil vom 21.4.2005 zu Beschränkungen für Optikergeschäfte in Griechenland, die die EU-Kommission ausdrücklich als „vergleichbare Beschränkungen“ ansieht (Beschluss der EU-Kommission vom 28.6.2006 – IP/06/858 -, S. 4).

(5) Parallelen

Ergänzend ist zu sagen, dass bereits der Generalanwalt in dem griechischen Optikerfall eine Parallele zwischen dem griechischen Optikerrecht und dem deutschen Apothekenrecht gezogen hat. Dort hat er die griechische Regel „ein Fachmann pro Betrieb“ mit der deutschen Regel „ein Apotheker in seiner Apotheke“ verglichen (Generalanwalt, Schlussanträge vom 7.12.2004 – C-140/03 – Rn. 27 in Verbindung mit der Anmerkung 12 im Anhang). Die europäischen Instanzen des Generalwaltetes und der Kommission halten demnach unisono die gemeinschaftsrechtliche Behandlung des Fremdbesitzverbots im Optikerrecht als auch im Apothekenrecht für vergleichbar. Als Argument wird dabei angeführt, dass die vom Generalanwalt vorbereitete Lösung des Fremdbesitzproblems weniger schwer wiegende Folgen für die gemeinschaftsrechtliche Freiheit erreichen würde. Gesundheitsgefahren sollen nur an der Stelle bekämpft werden, an der sie auch existieren. Dies spricht mit Gewicht für die Übertragbarkeit des Urteils.

dd) Gegenargumente

(1) höheres Gesundheitsrisiko

Als erstes ist das Argument des höheren Gesundheitsrisikos zu betrachten. Sicherlich können Beratungsfehler bei der Abgabe von Arzneimitteln zu Medikamentenfehlgebrauch oder Medikamentenmissbrauch führen, unter Umständen mit schwerwiegenden Folgen. Dies wiederum kann eine zusätzliche Belastung der Versicherungen darstellen. Allerdings kann auch von einem geringen Gesundheitsrisiko bei Brillen und Kontaktlinsen nur gesprochen werden, wenn die erkennbare Unfallträchtigkeit fehlerhafter Brillen außer Acht gelassen wird. Ein stärkeres Gesundheitsrisiko ist auch nach Auffassung des OVG für die Tätigkeit der Apotheker nicht zu erkennen.

Die entscheidende Weichenstellung für die Niederlassungsfreiheit liegt aus Sicht des Gerichtshofs (EuGH, Optikerentscheidung vom 21.4.2005 – C 140/03 -) bereits darin, welchem Bereich dieses Gesundheitsrisiko einschließlich der Folgewirkungen für Versicherungen zuzurechnen ist. Wie bereits dargestellt, liegen die potentiellen Gesundheitsgefahren für die Patienten einer Apotheke dort, wo die Arzneimittel abgegeben werden und die Beratung erfolgt. Dass die Abgabe ausschließlich durch professionelles und qualifiziertes Personal erfolgt, ist auch nach Auffassung der europäischen Instanzen legitimes Anliegen des Gesundheitsschutzes (so überzeugend Kommission, Beschluss vom 28.6.2006 – IP/06/858 -, S. 3). Dem Optikerurteil folgend, genügt es daher, dass im Falle der Optiker zum Schutze der öffentlichen Gesundheit in jedem Optikergeschäft als Arbeitnehmer oder als Gesellschafter diplomierte Optiker anwesend sind (EuGH, Optikerurteil vom 21.4.2005 – C-140/03 – Rn. 35). Es kommt also nicht darauf an, wer den Betrieb leitet, sondern wer die Kunden bedient.

Somit stellen EuGH, Generalanwalt und Kommission übereinstimmend auf die Gesundheitsgefahren beim Patientenumgang ab. Die Kommission hat diesen Gedankengang in der Begründung der bereits dargestellten Vertragsverletzungsgefahren überzeugend auf Apotheken übertragen (Beschluss vom 28.6.2006 – IP/06/858 -, S. 3). Sie führte aus: *„Die Qualität der von einer Apotheke erbrachten Dienstleistung sollte vielmehr durch Kontrollen und Formen der professionellen Verantwortung sichergestellt werden als durch die*

Rechtsform einer Apotheke.“ Auf einen Nenner gebracht bedeutet dies, dass die Rechtsform einer Apotheke für den Gesundheitsschutz des Patienten ohne Bedeutung ist. Dies allein lässt das Gegenargument eines gefährdeten Gesundheitsschutzes schon nicht durchgreifen.

Im Übrigen kann das Gesundheitsrisiko der Patienten von Optikern und von Apothekern aus europarechtlicher Sicht nicht als unvergleichlich angesehen werden. Wäre das Gesundheitsrisiko der Tätigkeit von Optikern nicht mit dem der Apotheker vergleichbar, wäre erst recht ein Vergleich mit den Ärzten ausgeschlossen. Dieser Vergleich wird aber zwischen Ärzten und Apothekern zugelassen. Zusätzlich wurde seitens des Generalanwalts in der Optiker-Entscheidung eine Übertragbarkeit der Präsenzrechtsprechung für Ärzte auf Augenoptiker bejaht (Generalanwalt, Schlussanträge im Optikerfall vom 7.12.2004 – C-140/03 -, Rn. 37; bei der übertragenen Präsenzrechtsprechung für Ärzte handelt es sich um das Urteil des EuGH vom 16.6.1992 – C-351/90 -, in dem der EuGH die luxemburgische Beschränkung der Niederlassungsfreiheit für Ärzte verwirft, wonach ein Arzt nur in einer Praxis tätig sein darf). Sind nun aus europarechtlicher Sicht die Gesundheitsgefahren durch Optiker und durch Ärzte vergleichbar, so muss dies auch für die Gesundheitsgefahren durch Optiker und Apotheker gelten. In diesem Rahmen ist die Rechtsprechung des EuGH zu übertragen.

(2) höhere Verantwortlichkeit

Als zweites Argument gegen die Übertragung des Optikerurteils auf Apotheker wurde die wesentlich höhere Verantwortlichkeit des Apothekers angeführt. Der Apotheker müsse höhere Persönlichkeitsanforderungen sowie höhere Ausbildungsanforderungen im Sinne einer Universitätsausbildung mit sich bringen, die für das Berufsbild des Optikers nicht verlangt werden. Diese Argumentationskette führt auf eine Grundsatzfrage zurück: Kann einem Angestellten, der weisungsgebunden ist und die Gefahr der Entlassung vor Augen hat, volle Verantwortlichkeit in einem persönlichen Vertrauensverhältnis anvertraut werden? Diese Frage ist nach Auffassung des OVG in der Rechtsprechung des EuGH entschieden worden. Das griechische Fremdbesitzverbot war von dessen Regierung folgendermaßen gerechtfertigt worden (Schlussanträge des Generalanwalts im Optikerfall vom 7.12.2004 – C-140/03 -, Rn. 29): Die Regelung soll das persönliche Vertrauensverhältnis beim Handel mit Optikartikeln erhalten und die absolute Verantwortlichkeit des diplomierten Fachmanns, der seinerseits Geschäftsinhaber ist, gewährleisten.

Der EuGH hält es zur Gewährleistung der Verantwortlichkeit des Angestellten für ausreichend, wenn diplomierte Optiker als Arbeitnehmer anwesend sind und außerdem eine Berufshaftpflichtversicherung vorgeschrieben wird (EuGH, Urteil vom 21.4.2005 – C-140/03 – Rn. 35). Daher ist aus europarechtlicher Sicht bereits entschieden, dass die Struktur eines Angestelltenverhältnisses mit Weisungsgebundenheit und Entlassungsmöglichkeit nicht der vollen Verantwortlichkeit in einem Gesundheitsberuf mit persönlichem Vertrauensverhältnis entgegensteht. Ferner geht auch das deutsche Recht nicht von dem Grundsatz aus, dass in einem Gesundheitsberuf absolute Verantwortlichkeit und Angestelltenverhältnis unvereinbar sind. Seitens des OVG wurde dabei angeführt, dass sich andernfalls die Frage stellen würde, ob man einem angestellten Krankenhausarzt Operationen anvertrauen dürfe.

Nach Auffassung des OVG kann daher die für Angestellte vom EuGH bejahte volle Verantwortlichkeit des Optikers auf die des Apothekers übertragen werden. Das Argument der unterschiedlichen Anforderungen an den Optikerberuf im Vergleich zum Apotheker vermag nicht auszureichen, um eine Übertragbarkeit zu verneinen. Man könne hingegen sagen, dass einem angestellten und im Vergleich zum Optiker umfassender ausgebildeten Apotheker die volle Verantwortlichkeit erst recht anvertraut werden könne. Die Vergleichbarkeit für die Niederlassungsfreiheit liegt in dem Punkt, dass angestellte Ärzte, Apotheker und Augenoptiker für ihren Beruf so ausgebildet werden, dass sie die volle Verantwortlichkeit in ihrem Beruf mit einer zusätzlichen Berufshaftpflichtversicherung übernehmen können. Unter dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit vergleicht auch die Kommission die professionelle Verantwortung in den Apotheken mit der bereits vom EuGH entschiedenen professionellen Verantwortung in den Optikergeschäften (Beschluss der EU-Kommission vom 28.6.2006 – IP/06/858 -, Seite 3/4).

Das Verantwortlichkeitsargument führt nach allem bei realistischer Betrachtungsweise dazu, dass der sachangemessen ausgebildete angestellte Fachmann in seinem Beruf aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts gleichmäßig die volle Verantwortlichkeit übernehmen kann. Betrachtet man dabei vor allem die gemeinschaftsweit nach der Qualifikationsrichtlinie höhere Ausbildung der Apotheker, gibt es keinen vernünftiger Grund, dem besser ausgebildeten Apotheker als Angestelltem weniger zuzutrauen als der EuGH dem angestellten Optiker.

(3) Kommerzialisierungs- und Konzernierungsgefahr

Als dritter Gesichtspunkt gegen die Übertragbarkeit wird das Kommerzialisierungs- und Konzernierungsrisiko speziell bei Apotheken durch die Zulassung von Kapitalgesellschaften angeführt. Ausdrücken sollen die Risiken eines übersteigerten Gewinnstrebens bis hin zu betrügerischem Vorgehen, eine Steigerung des Marktanteils bis hin zu einer Konzernierung im Sinne eines „Gesundheitskonzerns“ aus Arzneimittelherstellern, Apothekern und Ärzten.

Natürlich können aus theoretischer Sicht Kapitalgesellschaften mit größerer Kapitalausstattung eine Kommerzialisierung in Form der Vergrößerung ihres Marktanteils im größeren Rahmen betreiben, als eine Einzelperson dazu in der Lage ist. Genauso ist es theoretisch denkbar, dass eine Kapitalgesellschaft in größerem Rahmen betrügerisch vorgehen kann. In der Praxis ist aber zu sehen, dass das Interesse an rascher Ausweitung des Marktanteils unabhängig davon besteht, ob einer Kapitalgesellschaft Optikergeschäfte oder Apotheken gehören. Es besteht dahingehend kein grundlegender Unterschied zwischen Optikern und Apothekern.

Zu betrachten ist hierbei aber auch die Rechtsprechung des EuGH. Dieser hat in der Optiker- aber auch in der Gambelli-Entscheidung eine erwähnenswerte Linie vertreten (Optikerurteil, EuGH, Urteil vom 21.4.2005 – C-140/03 -, zitiert nach Juris, sowie Gambelli-Urteil, Urteil des EuGH, vom 6.11.2003 – C-243/01 -, zitiert nach Juris). Im Fall der Optiker wurde seitens des EuGH der Gefahr der vollständigen Kommerzialisierung keine Bedeutung als Verbotgrund für die Niederlassungsfreiheit beigemessen. Er sah die Gefahr nicht einmal als zwingenden Grund des Allgemeininteresses an (EuGH, Optiker-Urteil vom 21.4.2005 – C-140/03 -, Rn. 34-36). Auf die Kommerzialisierungsgefahr in Form einer kriminellen oder betrügerischen Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft ist der EuGH ausdrücklich in dem Gambelli-Urteil im Zusammenhang mit Sportwetten eingegangen (Gambelli-Urteil, Urteil des EuGH, vom 6.11.2003 – C-243/01 -, Rn. 74). Er bejahte zwar die Gefahr, dass Kapitalgesellschaften bei der Vermittlung von Sportwetten kriminelle oder betrügerische Tätigkeiten entfalten können. Dennoch verstoße der Ausschluss von Kapitalgesellschaften hierbei gegen das Übermaßverbot. Um die Gefahr zu kontrollieren und auszuschließen könnten Konten und Tätigkeiten dieser Kapitalgesellschaften besonders kontrolliert werden (so überzeugend Generalanwalt in den Schlussanträgen vom 16.5.2006 – C-338/04 – betreffend den Glücksspielsektor). In der Kommerzialisierungsgefahr, in Form eines

übersteigerten Gewinnstrebens bis hin zu betrügerischen Tätigkeiten, sei zwar ein Kontroll- aber kein Verbotgrund für die Niederlassungsfreiheit zu sehen.

Ob die Kapitalgesellschaft nun Optikergeschäfte, Apotheken oder was auch immer besitzt kann für die Niederlassungsfreiheit keinen Unterschied machen. Die Kommerzialisierungsgefahr geht von dem im Wesentlichen identischen Renditeinteresse der Kapitaleigentümer aus. Sie besteht in gleicher Weise und ferner führt das Übermaßverbot weiter unverändert zu dem Ergebnis, dass wenn überhaupt ein Kontroll- aber jedenfalls kein Verbotgrund vorliegt.

Genauso verhält es sich mit der Konzernierungsgefahr im Sinne der Gefahr der Bildung von „Gesundheitskonzernen“. Diese Gefahr hätte dann auch hinsichtlich der Optiker bestanden haben müssen und wäre wenn dann nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip durch das Kartellrecht zu beherrschen. Verboten werden könnte wenn überhaupt eine branchenübergreifende Zusammenlegung als solche. Die Niederlassungsfreiheit der Branchen selbst kann nicht verboten werden. Diesen Standpunkt hat der EuGH auch im Wouters-Urteil (EuGH, Rs. 309/99 - Urteil vom 19.2.2002 – Wouters) vertreten, in dem zwar das niederländische Kartellverbot einer Zusammenarbeit der Branchen der Rechtsanwälte und der Wirtschaftsprüfer bestätigt wurde. In dieser Entscheidung wurde aber nicht den Rechtsanwälten einerseits und den Wirtschaftsprüfern andererseits die Niederlassungsfreiheit genommen (EuGH, Woutersurteil vom 19.2.2002 – C-309/99, zu der kartellrechtlichen Vorschrift des Art. 81 EGV).

Einer Konzernierungsgefahr ist nach Betrachtung der EuGH-Rechtsprechung zu begegnen, indem eine branchenübergreifende Zusammenarbeit oder -schließung zu einem Gesundheitskonzern verboten wird. Es kann aber nicht sein, dass im Vorwege Arzneimittelherstellern, Ärzten, Apothekern und Optikern die Niederlassungsfreiheit genommen wird. Es bleibt auch hier bei dem Grundsatz, dass Gefahren dort zu bekämpfen sind, wo sie auch wirklich sind.

(4) Vorbehalt des Art. 152 Abs. 5 EGV

Einer Übertragbarkeit steht auch der Vorbehalt des Art. 152 Abs. 5 EGV für die Beurteilung der Einschränkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages (Art. 43 und 48 für die

Niederlassungsfreiheit und Art. 49 für die Dienstleistungsfreiheit) nicht entgegen. Art. 152 Abs. 5 EGV findet nach Auffassung des OVG vorliegend keine Anwendung. Zwar ist in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH anerkannt, dass die Mitgliedstaaten ihr Gesundheitswesen in eigener Verantwortung organisieren. Allerdings sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, ihre nationalen Systeme an die Grundfreiheiten des Vertrages anzupassen (EuGH, Urteil vom 16.5.2006 – C-372/04 -, Urteil Watts, dort Rn. 146 und 147 für die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV).

ee) Zusammenfassung

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Argumente, die gegen eine Übertragbarkeit des Optiker-Urteils auf die deutschen Apotheker sprechen, allesamt nicht überzeugen können. Sie entkräften sich vielmehr selbst, wie insbesondere am Beispiel der unterschiedlichen Ausbildungsanforderungen zu sehen ist. Hingegen sind die Rechtsprechung des EuGH sowie die Herangehensweise des Generalanwalts als auch der Kommission in den Vertragsverletzungsverfahren gegen andere Mitgliedsstaaten so eindeutig und überzeugend, dass dem kaum etwas hinzugefügt werden kann.

c) Inländerdiskriminierung

Die antragstellenden Apotheker stellten ihren Anspruch auch auf Chancengleichheit und „fairen“ Wettbewerb unter Beachtung von Art. 12 und Art. 3 GG ab. Unstreitig können die inländischen Apotheker derzeit keine Kapitalgesellschaft zum Zwecke des Betriebs einer Apotheke bilden. Damit haben sie unter Umständen einen gegenüber einer EU-ausländischen Kapitalgesellschaft eingeschränkten Zugang zum Kapitalmarkt oder sind von sonstigen Vergünstigungen einer Betriebsform der Kapitalgesellschaft ausgeschlossen. Allerdings ist aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts die Frage der Chancengleichheit auch vorrangig vom Standpunkt des Europarechts zu beurteilen. Eine damit verbundene Inländerdiskriminierung steht dem nicht entgegen.

Hintergrund ist, dass die Gleichstellung von Kapitalgesellschaften und natürlichen Personen in Art. 48 EGV i.V.m. Art. 43 EGV wie bereits dargestellt als Grundfreiheit statuiert ist. Das jeweilige nationale Gericht hat das vorrangige Gemeinschaftsrecht vorrangig anzuwenden, ohne dass zuvor die Beseitigung der nationalen Norm auf gesetzgeberischem Wege oder

durch ein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragt oder abgewartet werden müsste. Das Gemeinschaftsrecht ist also in dem Zeitpunkt anzuwenden, in dem der deutsche Gesetzgeber die Inländerdiskriminierung, also hier das Verbot einer inländischen Kapitalgesellschaft noch nicht beseitigt hat. Der Gesetzgeber hat nach st. Rspr. des EuGH (hierzu schon Urteile vom 15.10.1986 – C-168/85 – Rn. 16 und 26.4.1988 – C-74/86 – Rn. 10 f.; siehe auch Niedobitek, Verw.Archiv 2001, 59 (65) m.w.N.) die Pflicht, gemeinschaftswidrige Rechtsvorschriften anzupassen. Es kann also der vorrangigen Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht das Argument der Inländerdiskriminierung entgegengesetzt werden.

d) Schutzgüterabwägung wegen vorläufiger Entscheidung

Im Rahmen der Interessenabwägung hat das erkennende OVG die Interessen der Apotheker an der Wahrung und Sicherstellung des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung als nachrangig im Verhältnis zum Interesse von DocMorris als EU-ausländischer Kapitalgesellschaft an der Verwirklichung ihrer Niederlassungsfreiheit und Berufsausübung betrachtet. Nach Auffassung des OVG ist der Vorrang des Gemeinschaftsrechts entscheidend und auch objektiv in die Gewichtung des öffentlichen Interesses aufzunehmen. Dieser Vorrang gebietet es, wesentliches und unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht umfassend und umgehend, ohne gesetzgeberische oder verfassungsrechtliche Verfahren abzuwarten (so EuGH, Urteile vom 9.6.2005 – C-211/03 – Rn. 77 ff. und vom 8.6.2000, a.a.O., Rn. 16), zu verwirklichen. Insoweit könnten auch widerstreitende nationale Bestimmungen nicht ein vorrangiges Interesse an der Einhaltung noch bestehender nationaler Bestimmungen rechtfertigen.

An dieser Einschätzung würde auch der grundsätzlich hohe Rang des Gesundheitsschutzes nichts ändern können. Denn das Interesse des öffentlichen Gesundheitsschutzes ist auf der vorrangigen europarechtlichen Ebene allein durch die Rechtsform der Kapitalgesellschaft nicht betroffen. Zur Gewährleistungen des Gesundheitsschutzes genügen, wie auch in der Optiker-Entscheidung dargestellt, entsprechende Kontrollmechanismen. Diese können in der Form von Sanktionsmöglichkeiten wie Widerruf und Rücknahme bestehen. Die Niederlassungsfreiheit, als untrennbarer Bestandteil des europäischen Gemeinschaftsrechts, als dessen fundamentaler Grundsatz (hierzu EuGH, Urteil vom 31.3.1993 – C-19/02 – Kraus – Rn. 19), kommt daher aufgrund der vorliegend vorhandenen milderer Mittel zur Wahrung des Gesundheitsschutzes ein höherer Rang zu.

2. Zusammenfassung der Beschlüsse des Oberverwaltungsgerichts vom 22.01.2007:

Die Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften der Art. 43, 48 EGV setzt sich gegen das deutsche Fremdbesitzverbot für Apotheken in § 7 ApoG durch. Ein Verwaltungsträger ist befugt und verpflichtet, dies einzelfallbezogen festzustellen. Ergänzend ist zu sagen, dass das OVG es für unerlässlich hält, das erstinstanzliche Hauptsacheverfahren auszusetzen und die anstehenden Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, da sich das Verfahren nicht nur mit der Frage der unmittelbaren Anwendung von Gemeinschaftsrecht durch einen Träger der staatlichen Verwaltung befaßt, sondern auch mit der Gültigkeit des Gemeinschaftsrechts und damit mit der Übertragbarkeit und Auslegung der in dem Optikerurteil des EuGH vom 21.4.2005 – C-140/03 – getroffenen Feststellungen.

VI. Normen auf dem Prüfstand

Doch ist es nicht nur das Fremdbesitzverbot allein, dass Anlass zu Bedenken der Wirksamkeit begründet. Nachfolgend werden einzelne Paragraphen dargestellt und ihre Unvereinbarkeit nicht nur mit europäischen Regelungen zusammengefasst:

§ 1 II ApoG:

Im Wortlaut:

(2) Wer eine Apotheke und bis zu drei Filialapotheken betreiben will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde.

Die Begrenzung ist absolut willkürlich. Zu sehen ist, dass der Gesetzgeber eine Begrenzung zunächst gar nicht vornehmen wollte. Nur der Einfluss der Apothekerlobby führte zu einer Begrenzung. Diese führte als Argument an, dass ein Apotheker nicht mehr als drei Apotheken gleichzeitig überwachen kann. Verkannt wird dabei allerdings, dass ein Apotheker nicht mal mehr als eine Apotheke gleichzeitig überwachen kann. Die Begrenzung hat daher weder Sinn noch Zweck.

§ 2 I Nr. 3 ApoG:

Im Wortlaut:

(1) Die Erlaubnis ist auf Antrag zu erteilen, wenn der Antragsteller

3. die deutsche Approbation als Apotheker besitzt;“

Die deutsche Approbation als Apotheker zu besitzen kann keine Zulassungsvoraussetzung sein, da der Gemeinschaftskodex vorsieht, die Genehmigung, die einem Leistungserbringer im EU-Ausland gewährt wurden, im jeweils anderen Mitgliedstaat bei Vergleichbarkeit der Ausbildungsvoraussetzungen anerkennen lassen zu müssen.

§ 2 I Nr. 5 ApoG:

Im Wortlaut:

„5. die eidesstattliche Versicherung abgibt, daß er keine Vereinbarungen getroffen hat, die gegen § 8 Satz 2, § 9 Abs. 1, § 10 oder § 11 verstoßen, und den Kauf- oder Pachtvertrag über die Apotheke sowie auf Verlangen der zuständigen Behörde auch andere Verträge, die mit der Einrichtung und dem Betrieb der Apotheke in Zusammenhang stehen, vorlegt;“

Einem Ausländer kann nicht zugemutet werden, diese Erklärung abzugeben.

§ 2 I Nr. 8 ApoG:

Im Wortlaut:

„8. mitteilt, ob und gegebenenfalls an welchem Ort er in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder in einem Vertragsstaat, dem Deutschland und die Europäische Union vertraglich einen entsprechenden Rechtsanspruch eingeräumt haben, eine oder mehrere Apotheken betreibt.“

Es stellt sich die Frage aus welchen Gründen und zu welchem Zweck diese Informationen erteilt werden sollen. Wo liegt das Interesse, dass diesen Auskunftsanspruch rechtfertigen könnte. Es existiert nicht.

§ 2 II ApoG

Im Wortlaut:

„(2) Abweichend von Absatz 1 ist dem Antragsteller, der Angehöriger eines der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder eines Vertragsstaates ist, dem Deutschland und die Europäische Union vertraglich einen entsprechenden Rechtsanspruch eingeräumt haben, die Erlaubnis nur zu erteilen, wenn sie für eine Apotheke beantragt wird, die seit mindestens drei Jahren betrieben wird.“

Diese Regelung verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

§ 2 IV ApoG

Im Wortlaut:

„(4) Die Erlaubnis zum Betrieb mehrerer öffentlicher Apotheken ist auf Antrag zu erteilen, wenn

2. die von ihm zu betreibende Apotheke und die von ihm zu betreibenden Filialapotheken innerhalb desselben Kreises oder derselben kreisfreien Stadt oder in einander benachbarten Kreisen oder kreisfreien Städten liegen.“

Ausländer kann diese Voraussetzungen nicht erfüllen. Im Übrigen ist eine Kreisnähe gar nicht zweckmäßig, wenn man sich die unterschiedlichen Kreisgrößen anschaut und miteinander vergleicht. Zudem stößt der Begriff der „Nachbarschaft“ an seine Grenzen.

§ 7 ApoG

Im Wortlaut:

„Die Erlaubnis verpflichtet zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung. Im Falle des § 2 Abs. 4 obliegen dem vom Betreiber nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 benannten Apotheker die Pflichten entsprechend Satz 1; die Verpflichtungen des Betreibers bleiben unberührt. Die persönliche Leitung einer Krankenhausapotheke obliegt dem angestellten Apotheker.“

Diese Regelung beinhaltet einen Verstoß gegen das Fremdbesitzverbot.

§ 8 ApoG

Im Wortlaut:

„Mehrere Personen zusammen können eine Apotheke nur in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft betreiben; in diesen Fällen bedürfen alle Gesellschafter der Erlaubnis. Beteiligungen an einer Apotheke in Form einer Stillen Gesellschaft und 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 Gewinn ausgerichtete Mietverträge sind unzulässig. Pachtverträge über Apotheken nach § 9, bei denen die Pacht vom Umsatz oder Gewinn abhängig ist, gelten nicht als Vereinbarungen im Sinne des Satzes 2. Die Sätze 1 bis 3 gelten für Apotheken nach § 2 Abs. 4 entsprechend.“

Der Schutz des Lebens und der Schutz der Volksgesundheit werden nicht durch Mehrbesitz, Beteiligungen oder finanzierte ausländische Gesellschaften beeinflusst. Ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit liegt vor.

§ 10 ApoG

Im Wortlaut:

„Der Erlaubnisinhaber darf sich nicht verpflichten, bestimmte Arzneimittel ausschließlich oder bevorzugt anzubieten oder abzugeben oder anderweitig die Auswahl der von ihm abzugebenden Arzneimittel auf das Angebot bestimmter Hersteller oder Händler oder von Gruppen von solchen zu beschränken.“

Man darf nicht vergessen, dass gerade durch das GKV-WSG Kooperationen unter den Leistungserbringer nicht nur gewünscht sondern gefordert werden. Die Regelung des § 10 ApoG stellt einen Widerspruch dar. Einerseits soll der Apotheker sich mit dem gesamten verfügbaren Angebot „belasten“. Andererseits soll er aber nur die günstigsten Arzneimittel abgeben.

Abgesehen von dieser nationalen Problematik, besteht dabei auch ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit.