

Dr. Mario Martini, Hamburg*

Doc. Morris ante portas – zu Risiken und Nebenwirkungen der Niederlassungsfreiheit des Art. 48 EG für das Berufsrecht der Apotheker

Die Internet-Apotheke Doc. Morris ist zum Robin Hood der Gesundheitsbranche avanciert. Mit den Pfeilen des Gemeinschaftsrechts im Köcher sucht sie überkommene pharmazeutische Ordnungsstrukturen aufzubrechen. Die als Kapitalgesellschaft verfasste Anbieterin hat jüngst mit behördlichem Segen die Pforten ihrer ersten Präsenz-Apotheke in Saarbrücken geöffnet und damit die deutsche Apothekerschaft in helle Aufregung versetzt. Was für die einen eine Kriegserklärung an die heilberufliche Kultur pharmazeutischer Aufgabenwahrnehmung ist, bedeutet für die anderen eine Überwindung eines anachronistischen ständischen Zulassungssystems. Der Beitrag untersucht die europarechtlichen Implikationen der ministeriellen Zulassungsentscheidung und des sog. apothekenrechtlichen Fremdbetriebsverbots. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die Behörde mit der Erlaubniserteilung ihre gemeinschaftsrechtliche Verwerfungskompetenz überschritten hat.

„Mit fällt ein Apotheker ein (...) ihn hatte herbes Elend ausgemergelt. Betrachtend diesen Mangel sagt ich mir: Bedürft jemand Gift hier, da lebt ein armer Schelm, ders ihm verkaufte.“ Mit diesen Worten lässt *Shakespeare* den *Romeo* in seinem Drama „Romeo und Julia“ die besondere Verantwortung und Gefahrenträchtigkeit andeuten, welche die Wahrnehmung pharmazeutischer Aufgaben mit sich bringt. Die Sorge um die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung veranlasst den Gesetzgeber seit ehedem, Apotheker einem strengen Berufsrecht zu unterwerfen.

Das Europarecht setzt das überkommene berufliche Ausübungsrecht der freien Berufe starkem Veränderungsdruck aus. In seinem Gravitationsfeld gerät auch das zu den am stärksten reglementierten Berufsrechten gehörende Berufsrecht der Apotheker immer stärker aus den vertrauten Umlaufbahnen seiner Tradition. Eine über Jahrhunderte gewachsene berufliche Struktur sieht sich binnen kürzester Zeit grundstürzenden Verwerfungen ausgesetzt. Nach dem (europarechtlich induzierten) Wegfall des Verbots der Versandapotheke¹ und der Einschränkung des Mehrbesitzverbotes² steht gegenwärtig das

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Assistent und Habilitand an der Bucerius Law School, Hamburg; er ist für keine der an den diskutierten Rechtsfragen interessierten Parteien gutachterlich tätig geworden.

¹ Vgl. § 11a f. ApoG. Zu seiner Vorgeschichte EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14887; *B. Koch*, EuZW 2004, 50 ff.; *Ch. Lenz*, NJW 2004, S. 332 ff.; *Streinz*, EuZW 2003, 37 ff.

Verbot, Apotheken in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft zu betreiben, im Visier europarechtlichen Trommelfeuers.

Das Apothekenrecht zahlreicher europäischer Staaten ist von dem Modell des in der persönlichen Verantwortung des Inhabers geführten Betriebs geprägt³. Leitbild ist der „Apotheker in seiner Apotheke“⁴: Der selbständige Apotheker vereinigt in seiner Person die Verantwortung für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Arzneimittelversorgung auf Grund besonderer beruflicher Befähigung mit der privatwirtschaftlichen Funktion des Inhabers des Apothekenbetriebs. In Deutschland ist das Fremdbetriebsverbot⁵ ausdrücklich in § 8 ApoG festgeschrieben; kapitalorientierte, am Gewinn partizipierende Beteiligungsformen sind ausgeschlossen⁶. Auch Italien, Österreich und Spanien kennen ähnliche Regelungen. Nicht nur finanzkräftigen Aktiengesellschaften, die ihre Hand nur allzu gerne nach den lukrativen europäischen Märkten ausstrecken würden, ist das Verbot des Fremdbetriebs seit langem ein Dorn im Auge; auch Gesundheitspolitiker versprechen sich von seiner Auflösung angesichts der klammen Gesundheitskassen Effizienzvorteile, eine Verschärfung des Wettbewerbs und damit eine Senkung der Kosten im Gesundheitswesen⁷.

Jüngst hat die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien, Österreich und Spanien eingeleitet, das darauf zielt, das dort praktizierte Fremdbetriebsverbot für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären⁸. Die Kommission ist der Überzeugung, dass die einschlägigen Regelungen gegen Art. 43 und 56 EG verstoßen. Auch in Deutschland wackelt die bislang unerschütterlich erscheinende Bank des (strafbewehrten⁹) Fremdbetriebsverbots, das ausländische Kapitalgeber auf Distanz hält, sichtbar. Die saarländische Landesregierung hat dazu angesetzt, mit den Mitteln des Verwaltungsvollzugs die Axt an das Fremdbetriebsverbot zu legen; im Juli 2006 hat sie der niederländischen

² Bis zum Jahre 2004 musste der Apotheker sich auf den Betrieb einer Apotheke beschränken; heute darf er bis zu vier Apotheken betreiben. Eine der Hauptapotheken muss er dabei selbst leiten und für jede der Filialapotheken einen angestellten Apotheker als verantwortlichen Leiter benennen (§ 2 Abs. 5 ApoG).

³ Vgl. den Überblick bei *Ress/Ukrow*, Niederlassungsrecht von Apotheken in Europa, 1991, S. 144 ff.

⁴ Den Begriff hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 13.2.1964, BVerfGE 17, 232 ff. geprägt.

⁵ Der häufig verwendete Begriff des Fremd„besitzes“ ist rechtsdogmatisch schief. Gemeint ist nicht der Besitz, sondern der Betrieb. Dazu etwa *Taupitz* Das apothekenrechtliche Verbot des „Fremd- und Mehrbesitzes“ aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, 1998, S. 14 ff.

⁶ Mehrere Personen können eine Apotheke nur in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft oder einer OHG betreiben. Ergänzend treten § 2 Abs. 1 Nr. 3 sowie § 9 ApoG hinzu. Sie untersagen Nichtapothekern den Betrieb einer Apotheke sowie grundsätzlich die Verpachtung einer Apotheke. Vgl. zur Auslegung des § 8 ApoG im Einzelnen BGH, Urt. v. 22.10.1997 - XII ZR 142/95 -, NJW-RR 1998, 803; BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 - 4 StR 152/01 -, NJW 2002, S. 2724 (2726); *C. Koenig/Meurer*, ApoR 7 (2004), 153 ff.

⁷ Vgl. etwas Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Sondergutachten 1995, S. 130 f.; Monopolkommission, 16. Hauptgutachten 2004/2005, Rdnr. 1174 ff.

⁸ Europäische Kommission, Beschl. v. 28.6.2006, IP/06/08.

⁹ Siehe § 23 ApoG; dazu BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 - 4 StR 152/01 -, NJW 2002, S. 2724 ff.; *Schübel*, NSZ 2003, 122 ff.

Internetversand-Apotheke Doc. Morris N.V. eine Apothekenbetriebslaubnis erteilt. Die Landesregierung wagt damit einen Tanz auf dem Vulkan. Sie setzt sich (unter Berufung auf den Anwendungsvorrang des Europarechts) sehenden Auges über das in § 8 ApoG ausdrücklich fixierte Fremdbetriebsverbot hinweg und trifft einen zentralen Grundsatz des deutschen Apothekenrechts ins Mark. Die saarländische Regierung sieht das Fremdbetriebsverbot als ein Ergebnis erfolgreicher Lobbyarbeit und ein „Relikt der alten Zunftordnung aus der Zeit von Wagners Meistersingern“¹⁰. Das Damoklesschwert eines Filialsystems von Apotheken lässt einen ganzen Berufsstand erschauern¹¹, der sich durch persönliche Weisungsfreiheit und persönliche Eigenverantwortlichkeit definiert sieht; das Selbstverständnis eines Berufsstandes zwischen Heilberuf und Kaufmannsseele und eine gesundheitspolitische Weichenstellung stehen zur Disposition. Haben das VG und OVG des Saarlandes die Betriebslaubnis auch unter Rekurs auf eine Folgeabwägung vorläufig außer Vollzug gesetzt¹², ist damit eine Entscheidung in der Sache nicht getroffen; die inhaltliche Auseinandersetzung hat gerade erst begonnen; sie bleibt den Hauptsacheentscheidungen vorbehalten. Die hitzig und unter großem Schlachtrauch geführte Debatte ruft wichtige dogmatische Fragen des europäischen Rechtsverbundes wie des Verfassungsrechts auf den Plan¹³. Das Europarecht sieht sich an einem schmalen Grat zwischen Steigbügelhalter einer neuen Gesundheitspolitik, der Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Grundfreiheiten und dem Respekt vor dem Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum der Mitgliedstaaten.

I. Das Fremdbetriebsverbot, die Grundrechte und die Grundfreiheiten

Das Verbot kapitalgesellschaftlicher Rechtsformen berührt nationale Grundrechte wie die Grundfreiheiten des EG-Vertrages.

Dem Bundesverfassungsgericht ist es ein vertrauter Bekannter. Bereits im Jahre 1964 hatte es die verfassungsrechtliche Keuschheit des gesetzlichen Mehrbesitz- und

¹⁰ So der saarländische Gesundheitsminister *Hecken*; zitiert nach *Thelen*, Apothekenpreis unter Druck, Handelsblatt-online vom 8.8.2006.

¹¹ Den Hinweis der Monopolkommission (Fn. 7) Rdnr. 1174, dass mit der Aufhebung des Fremdbetriebsverbotes ein besonderes Betätigungsfeld für Apotheker geschaffen wird, die „damit auch die Tätigkeit der Leitung einer (Filial-)Apotheke als Angestellte wahrnehmen“ können, wird die Mehrheit der betroffenen Apotheker als blanker Zynismus aufnehmen.

¹² VG des Saarlandes, Beschl. v. 12.9.2006 – 3 F 38/06 –; OVG des Saarlandes, Beschl. v. 26.9.2006 – 3 W 14/06 –.

¹³ Vgl. dazu auch die Äußerungen der Prozessgutachter *Dettling/Mand*, Fremdbesitzverbote und präventiver Verbraucherschutz, 2006 und *Streinz/Hermann*, EuZW 2006, 455 ff. sowie die Monographien von *Friauf*, Das apothekenrechtliche Verbot des Fremd- und Mehrbesitzes, 1992; *H. Krüger*, Legitime Gesichtspunkte und Gestaltungen staatlicher Berufsordnung und das Verbot von Mehrbesitz und Fremdbesitz an Apotheken, 1959; *Taupitz* (Fn. 5), S. 1 ff.; *Starck*, Die Vereinbarkeit des apothekenrechtlichen Fremd- und Mehrbetriebsverbots mit den verfassungsrechtlichen Grundrechten und dem gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsrecht, 1999; *Zuck/Lenz*, Der Apotheker in seiner Apotheke, 1999.

Fremdbetriebsverbots unter seine Lupe genommen – und gebilligt¹⁴: Es erachtete das Verbot als eine Berufsausübungsregelung, die aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt sei. Ihm liege eine (im gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum liegende) Entscheidung gesundheitspolitischer Natur zugrunde, die der Tatsache Rechnung trage, dass Arzneimittel keine gewöhnliche Ware, sondern eines der wichtigsten Hilfsmittel der ärztlichen Kunst seien und deshalb nur von besonders fachkundigen Personen abgegeben werden dürften¹⁵. Bei einer auch nur grundsätzlichen Zulassung des Mehr- oder Fremdbetriebs sieht das Gericht die Gefahr einer allmählich sich bildenden Konzentration im Apothekenwesen heraufbeschworen und den freiberuflichen Charakter des Apothekerstandes gefährdet; der selbständige Apotheker werde immer mehr zurückgedrängt und die rechtlich bestehende Möglichkeit für den Apothekernachwuchs, zu einer eigenen Apotheke zu gelangen, faktisch erheblich verringert.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat Gesetzeskraft und bindet Gerichte und Verwaltung (§ 31 BVerfGG). Der Bindungswirkung kommt freilich weder Ewigkeitsgarantie zu – sie ist ein Abbild eines bestimmten Erkenntnis- und Erfahrungsstandes, der dem Wandel unterworfen ist¹⁶ – noch attestiert sie dem Fremdbetriebsverbot die Vereinbarkeit mit Europäischem Gemeinschaftsrecht. Über sie wird der EuGH vermutlich bald richten, sie insbesondere an der Niederlassungsfreiheit messen¹⁷.

1. Die Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages (Art. 43 EG) verbietet Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates. Als konstitutives Element der politischen Idee eines Gemeinsamen Marktes und der sozialen Verflechtung der Mitgliedstaaten verbrieft sie Unionsbürgern das Recht, sich in anderen Mitgliedstaaten zum Zwecke der Aufnahme und Ausübung

¹⁴ BVerfG (Fn. 4), 232 ff.; zustimmend etwa *Zuck/Lenz* (Fn. 13), Rdnr. 106 ff.; vgl. dazu kritisch *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 130 f.; *Rupp*, AöR 92 (1967), 212 (241): „Rational nachvollziehen lässt sich dieses Rechtsprechungsergebnis jedoch nicht, jedenfalls nicht mehr mit Gemeinwohlgründen (...); zustimmend für das Fremdbetriebsverbot, ablehnend für das Mehrbetriebsverbot *Taupitz* (Fn. 13), S. 67 ff.

¹⁵ BVerfG (Fn. 4), 238 f. u. 242 f.

¹⁶ Vgl. zu der Frage, ob im Falle des Fremdbetriebsverbotes die Grenzen der Bindungswirkung bereits überschritten sind, *Taupitz* (Fn. 13), S. 24 ff.; *Zuck/Lenz* (Fn. 13), Rdnr. 86 ff.; als „möglicherweise heute nicht mehr zeitgemäß“ bezeichnet der BGH das Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke in einer neueren Entscheidung (BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 - 4 StR 152/01 -, NJW 2002, 2724 [2727]).

¹⁷ Tatbestandlich ist neben der Niederlassungs- auch die Kapitalverkehrsfreiheit einschlägig. Beide sind nach der Rechtsprechung des EuGH kumulativ anwendbar (vgl. *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 56 EG Rdnr. 16 ff.) Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt die über die Grenzen eines Mitgliedstaates der Gemeinschaft hinweg stattfindende Übertragung von Geld- und Sachkapital gegen Beschränkungen. Das in § 8 ApoG enthaltene Verbot partiarischer Vereinbarungen und gesellschaftsrechtlicher Beteiligungsmöglichkeiten macht es Kapitalanlegern aus anderen Mitgliedstaaten nahezu unmöglich, in eine in Deutschland niedergelassene Apotheke zu investieren. Es stellt damit eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit dar. Sie kann nach den gleichen Prinzipien wie eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden; für beide Grundfreiheiten gelten die gleichen Rechtfertigungsschranken. Vgl. dazu sogleich.

selbständiger Erwerbstätigkeiten und zur Gründung und Leitung von Unternehmen in das Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates unter freier Standortwahl zu integrieren.

a) Reichweite der Niederlassungsfreiheit

Ihre Schutzwirkung erschöpft sich nicht in einem Diskriminierungsverbot, sondern beinhaltet auch ein umfassendes Beschränkungsverbot gegenüber solchen Maßnahmen, welche die Freiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen wollen¹⁸. Sie steht natürlichen Personen in gleichem Maße zu wie nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben (Art. 48 EG) – der Kapitalgesellschaft Doc. Morris ebenso wie dem Apotheker um die Ecke¹⁹.

b) Rechtfertigung der Beschränkung

Das Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit ist kein absolutes, der EG-Vertrag lässt Durchbrechungen zu – dies allerdings nur, soweit sie in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden, zwingenden Gründen des Allgemeininteresse entsprechen, zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sind und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist²⁰.

Die im deutschen Apothekengesetz wie in den vergleichbaren Regelungen Österreichs, Spaniens und Italiens festgezurrten Fremdbetriebsverbote gelten unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Ausübungswilligen; sie sind insoweit diskriminierungsfrei²¹.

Sie können inhaltlich auch auf ein legitimes Ziel verweisen. Die öffentliche Gesundheit i.S.d. Art. 46 EG hat der EuGH in seiner Rechtsprechung als einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses angesehen, der grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Interesse der Erreichung eines hohen Gesundheitsniveaus (vgl.

¹⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-19/92, Slg. 1993, S. 1663 Rdnr. 32 - Kraus; EuGH, Rs. 5/94, Slg. 1995, S. 4165 Rdnr. 37 - Gebhard; EuGH, Rs. C-79/01, Slg. 2002, I-S. 8923 (8950, Rdnr. 26) – Payroll; *Tietje*, Niederlassungsfreiheit, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 10 Rdnr. 52.

¹⁹ Den Rückgriff auf die Schutzwirkung der Niederlassungsfreiheit versperren (sub specie des Fremdbetriebsverbotes) auch nicht vorrangig zu berücksichtigende, das Primärrecht verbindlich konkretisierende sekundärrechtliche Normierungen des EG-Rechts. Wiewohl das Primärrecht in der Apotheker-Richtlinie Vorgaben für die Aufnahme der Berufstätigkeit des Apothekers, insbesondere die Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und anderen Befähigungsnachweisen, enthält, berühren diese nicht die Rechtsform, in der die Berufstätigkeit des Apothekers sich vollzieht, sondern die berufliche Qualifikation des in den Apotheken tätigen Fachpersonals.

²⁰ EuGH, Rs. C-19/92 Slg. 1993, I-1663 (1697, Rdnr. 32) - Kraus; EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, 4165 Rdnr. 37 - Gebhard; EuGH, Rs. C-140/03, Slg. 2005, I-3177.

²¹ Vgl. etwa auch *Zuck/Lenz* (Fn. 13), Rdnr. 159 ff. Immerhin betreffen sie ausländische Ausübungswillige insofern im Ergebnis stärker, als die mitgliedstaatlichen Berufszulassungsschranken in dem nicht liberalisierten europäischen Apothekerberufsmarkt ausländische Bewerber härter treffen als inländische. Soweit diese Berufszulassungsschranken selbst gemeinschaftskonform sind, stellen sich daran anknüpfende Ausübungsverbote jedoch ebenso wenig als diskriminierend dar.

auch Art. 3 Abs. 1 lit. p EG) zu rechtfertigen. Die nationalen Fremdbetriebsverbote sind von dem Anliegen getragen, durch ein berufliches Sonderrecht für Apotheken eine qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen und den Einfluss von Fachfremden, die keiner Zuverlässigkeitsprüfung nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG unterliegen, auf die Wahrnehmung der Gesundheitsvorsorge zurückzudrängen. Die besonderen Risiken, die für die Gesundheit von Menschen mit dem Gebrauch von Arzneimitteln verbunden sind, erhofft der Gesetzgeber durch eine verantwortungsvolle, allein von fachlichen Erwägungen getragene Beratung am sichersten eindämmen zu können²². Die Bevölkerung soll darauf vertrauen dürfen, dass der Apotheker, dem das Gesetz die Sicherstellung der Arzneimittelversorgung überantwortet (§ 1 Abs. 1 ApoG), sich – obwohl auch Gewerbetreibender – nicht vom Gewinnstreben beherrschen lässt, sondern seine Verantwortung im Rahmen der Gesundheitsberufe wahrnimmt²³; die allseitige Verantwortlichkeit des Apothekers soll das persönliche Vertrauensverhältnis – insbesondere durch die unbegrenzte und absolute Haftung des persönlich verantwortlichen Apothekers – zu seinem Kunden zu stärken²⁴. Wird das Konzept der Personalunion von Inhaberschaft und Beratung auch durch einzelne Ausnahmeregelungen, etwa die Krankenhausapotheke²⁵ (§ 7 S. 2 ApoG) oder die Verwaltungsbefugnis der Erben im Todesfall (§ 13 ApoG) aufgeweicht, und die Beratungsintensität durch die Versandapotheke tendenziell abgeschwächt (§ 11a ApoG), führen diese sachlich begrenzten Ausnahmen²⁶ (entgegen teilweise geäußerter

²² Vgl. den Beschluss des Ausschusses für Jugend, Familie und Gesundheit, BR-Drucks. 8/3554, S. 15. Dort heißt es: „Die Apotheke hat im Interesse des öffentlichen Gesundheitsschutzes im Rahmen der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln Kontroll- und Überwachungsfunktionen wahrzunehmen. Dazu gehört, dass Arzneimittel geprüft und beurteilt, Arzt und Patient in Arzneimittelfragen beraten und Rezepte geprüft werden. Außerdem ist es Aufgabe des Apothekers mitzuhelfen, dem Arzneimittelmisbrauch zu begegnen. Um diese Aufgaben des Gesundheitsschutzes uneingeschränkt erfüllen zu können, ist es erforderlich, dass sich die Apotheke wirtschaftlich und rechtlich ausschließlich in den Händen eines fachlich qualifizierten und unabhängigen Apothekenleiters befindet. Nur durch dessen freie Entscheidung kann auf Dauer sichergestellt werden, dass ohne Rücksicht auf die Hersteller ein umfassendes und hochwertiges Sortiment an Arzneimitteln bereitgehalten wird und dass die anderen oben erwähnten gesundheitspolitischen Aufgaben nicht im Interesse der Gewinnerhöhung vernachlässigt oder zurückgedrängt werden.“ Vgl. auch Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Apothekenrechts und berufsrechtlicher Vorschriften an das Europäische Gemeinschaftsrecht, BT-Drucks. 12/7618, S. 1: „Das Verbot des Fremd- und Mehrbesitzes an Apotheken sowie die volle und uneingeschränkte fachliche Unabhängigkeit des Apothekenleiters gehören zu den Leitgedanken des ApoG.“

²³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.5.1996 –1 BvR 744/88 u.a.-, BVerfGE 94, 372 (391).

²⁴ Dem studierten Pharmazeuten soll überdies im Anschluss an sein Studium in der Konkurrenz mit kapitalkräftigen Gesellschaften die Chance selbständiger Berufsausübung erhalten bleiben. Vgl. dazu auch unten c.

²⁵ Im Falle der Krankenhausapotheke leitet ein angestellter Apotheker die Apotheke.

²⁶ Die Verwaltungsbefugnis nach § 13 Abs. 1 ApoG erstreckt sich auf einen Zeitraum von längstens zwölf Monaten; das Institut der Krankenhausapotheke beschränkt sich auf Träger eines Krankenhauses.

Auffassung²⁷) die grundsätzlich legitime Zielsetzung des Regelungskonzepts (noch) nicht insgesamt ad absurdum.

c) Erforderlichkeit als Lackmustest des Fremdbetriebsverbots

Die von dem Fremdbetriebsverbot ausgehende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit lässt sich nur rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber diejenige Regelung wählt, bei der die Grundfreiheiten am wenigsten beeinträchtigt werden. An die rechtfertigungsbegrenzende Erforderlichkeit einer Maßnahme zur Erreichung des Ziels sind strenge Maßstäbe anzulegen. Die Maßnahmen dürfen nur soweit aufrecht erhalten werden, wie der Schutz der Belange, die sie gewährleisten sollen, nicht mit weniger einschränkenden Maßnahmen erreicht werden kann²⁸.

Das Niveau des zu erreichenden Schutzzumfangs von Leben und Gesundheit dürfen die nationalen Gesetzgeber dabei grundsätzlich nach Maßgabe ihrer gesundheitspolitischen Zielvorstellungen bestimmen. Ihnen kommt insoweit ein Beurteilungsspielraum bei der Ausfüllung gemeinschaftsrechtlicher Spielräume zu²⁹. Allein der Umstand, dass ein anderer Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften des Gesundheitsschutzes erlässt, ohne dass dort, wie etwa das Beispiel Englands zeigt, von einer Gefährdung der Volksgesundheit durch Mängel der Arzneimittelversorgung die Rede sein könnte, bedingt noch nicht selbstredend die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme³⁰.

Die Erforderlichkeit kann dem Fremdbetriebsverbot im Hinblick auf das Ziel des Mittelstandsschutzes nicht abgesprochen werden. Es wirkt einer Konzentration des Apothekenmarktes wirksam entgegen und erhöht die Chance einer Vielzahl von ausübungswilligen Pharmazeuten, in den Genuss der Niederlassungsfreiheit als selbständiger Apotheker zu kommen. Der EG-Vertrag lässt indes für das Ziel des Mittelstandsschutzes solange keinen Raum, als dieser – wie hier – um den Preis der Beschränkung der sekundären Niederlassungsfreiheit verwirklicht werden soll: Art. 48 EG stellt die Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen ausdrücklich der Niederlassungsfreiheit der vom Schutzgehalt umfassten juristischen Personen gleich. Einem mitgliedstaatlichen

²⁷ *Taupitz etwa* ist der Auffassung, dass dann, wenn der Gesetzgeber bezogen auf Krankenhausapotheken sogar bei gewerblichen Krankenhausträgern eine Gefährdung der Patienten durch eine Angestelltenkonstruktion nicht befürchtet, auch bei öffentlichen Apotheken, die durch einen angestellten Apotheker persönlich geleitet werden, eine Gefährdung der Volksgesundheit nicht zu gewärtigen ist. Übersehen wird dabei aber die konstruktive und funktionale Besonderheit der Krankenhausapotheke. Ihr Träger ist identisch mit dem Träger des Krankenhauses ist. Dieser hat – anders als die öffentliche Apotheke kein Interesse an der Steigerung der Arzneimittelabgabe, da hieraus kein Gewinn, sondern Kostensteigerung resultieren würde.

²⁸ Vgl. etwa EuGH, Rs. C 54/99, Slg. 2000, I-1335, Rdnr. 17.

²⁹ Vgl. EuGH, Rs. 104/75, Slg. 1976, 613 (635 f.; Rn. 14 u. 18); - de Peijper; EuGH, Rs. C-320/93, Slg. 1994, I-5243 (5264, Rn. 16) – Ortscheit; *Frenz*, HdBuch Europarecht - Europäische Grundfreiheiten, 2004, Kap. 8 Rdnr. 2260 u. Kap. 6 Rdnr. 949 ff.

³⁰ EuGH, Rs. C 384/93, Slg. 1995, I-1142 Rdnr. 51 – Alpine Investments; EuGH, Rs. C-1/90 und C-176/90, Slg. 1991, 1451, Rdnr. 16 ff. – Aragonosa de Publicidad Exterior; EuGH, Rs. C-286/81, Slg. 1982, 4575 – Oosthoek.

Spielraum in der Abwägung zwischen primärer und sekundärer Niederlassungsfreiheit im Interesse des Mitbestandsschutzes ist damit der Boden entzogen³¹.

Dass der Gesetzgeber die verantwortungsvolle Gesundheitsberatung und die verantwortungsvolle Abgabe von Arzneimitteln nur durch fachqualifiziertes, grundsätzlich ständiger Präsenzpflcht unterworfenen Personal sichergestellt sieht, kann als eine legitime Einschätzung gemeinschaftskonformer Gesundheitsvorsorge eingestuft werden³². Maßnahmen des Gesundheitsschutzes, die die Qualität der Gesundheitsberatung sicherstellen wollen, können mit der gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit vereinbar sein.

aa) Präsenzpflcht eines approbierten Apothekers als äquivalentes, milderes Mittel

Der Gesundheitsschutz, den das Fremdbetriebsverbot erreichen will, insbesondere die avisierte Qualität der individuellen Beratung, lässt sich möglicherweise aber auch durch äquivalente Maßnahmen organisationsrechtlicher Natur, namentlich durch besondere Anforderungen an die Leitung und Führung des Geschäftsbetriebes gewährleisten. Die Qualität der Beratung und Arzneimittelversorgung ist grundsätzlich nicht notwendig an die Rechtsform gebunden, in der eine berufliche Tätigkeit sich vollzieht, sondern primär an die Professionalität der Führung und Kontrolle. Insbesondere kann durch das Erfordernis der ununterbrochenen Anwesenheit eines examinierten, angestellten oder als Gesellschafter am Geschäftserfolg beteiligten Apothekers grundsätzlich sichergestellt werden, dass Ziele des Gesundheitsschutzes erreicht werden³³. Die Inhaberschaft und Leitung des Geschäftsbetriebes und die verantwortungsvolle Gesundheitsberatung des Kunden müssen dazu nicht notwendig in einer Hand liegen. So hat es der EuGH in jüngerer Vergangenheit auch für den Fall einer griechischen Regelung für Optikergeschäfte gesehen, die den Betrieb von Optikergeschäften in der Rechtsform der Kapitalgesellschaften untersagte³⁴: Das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, mit dem die Hellenische Republik das Verbot des Betriebs von Optikergeschäften in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft rechtfertigte, könne auch „mit Maßnahmen erreicht werden, die die Niederlassungsfreiheit juristischer Personen weniger einschränken, z.B. durch das Erfordernis, dass in jedem Optikergeschäft als Arbeitnehmer

³¹ A.A. *Friauf* (Fn. 13), S. 61, der der Niederlassungsfreiheit (allerdings auf der Grundlage des Art. 52 EWG-V a.F.) die Zielsetzung entnimmt, Freiheitsverwirklichung durch Selbständige (statt durch ein Heer von Angestellten zu gewährleisten; ähnlich *Starck* (Fn. 13), S. 39.

³² Ebenso *Friauf* (Fn. 13), S. 60; ähnlich in Bezug auf Zahnärzte und Allgemeinmediziner das Urte. des EuGH v. 16.6.1992, Rs. C-351/90, Slg. 1992, I-3945 – Kommission/Luxemburg; ähnlich für Augenoptiker das Urteil v. 25.5.1993, Rs. C-271/92, Slg. 1993, I-2899 - Laboratoire de prothèses oculaires. Hier hat der Gerichtshof entschieden, dass nationale Rechtsvorschriften, die den Verkauf von Kontaktlinsen und anderen damit zusammenhängenden Erzeugnissen in Geschäften vorschreiben, die von Personen geleitet oder geführt werden, die die Voraussetzungen für die Ausübung des Berufs des Augenoptikers erfüllen, aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt sei. Vgl. auch EuGH, Rs. C-108/96, Slg. 2001, S. I-837 – Mac Quen.

³³ In diesem Sinne etwa *Gornig*, Deutsche Apothekerzeitung 129 (1989), 1252 (1257).

³⁴ EuGH, Rs. 140/03, ABl. EG Nr. C 143, S. 8 = BeckRS 2005 Nr. 70302.

oder als Gesellschafter diplomierte Optiker anwesend sein müssen“³⁵. Diese Entscheidung scheint geradezu nach einer Übertragung auf das apothekenrechtliche Fremdbetriebsverbot zu rufen³⁶. Der EuGH knüpft insbesondere nicht an die Gefährlichkeit des in Rede stehenden beruflichen Handelns an. Die Besonderheiten des spezifischen Sachgebietes und die unterschiedlichen Folgewirkungen organisationsrechtlicher Binnenstruktur auf die Art der Aufgabenwahrnehmung aus den Augen zu verlieren, hieße indes die Mission der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verkennen. Die Kommerzialisierungsgefahr stellt sich im Falle von Apotheken nach der Art der angedienten Produkte durchaus mit anderem Zungenschlag als im Falle von Optikern dar³⁷. Ob der Optiker - geleitet von kommerziellem Interessen - seinem Kunden eine günstige oder eine hochpreisige Brille empfiehlt, hat auf das ästhetische Empfinden, nicht aber auf das Niveau des Gesundheitsschutzes Einfluss. Kommerzialisierungs- und Gewinninteressen wirken sich hier nur in geringem Umfang auf den herzustellenden Gesundheitsschutz aus. Bei der Verabreichung von Arzneimitteln ist demgegenüber das Ausmaß der Risiken für die öffentliche Gesundheit ungleich größer; nur die sachgerechte Beratung stellt hier die erwünschte Heilungswirkung her; kommerzielles Interesse und verantwortungsvoller Gesundheitsschutz vertragen sich nur schwer. Die Gleichung „Pille = Brille“ geht in dieser Einfachheit nicht ohne weiteres auf.

bb) Gleichwertigkeit der Beratungsqualität inhabergeführter und kapitalgesellschaftlich strukturierter Apotheken?

Dass die Qualität der Beratung und das Maß des intendierten Gesundheitsschutzes in einem inhabergeführten Betrieb, in dem der Apotheker die Verantwortung für den gesamten Betrieb übernimmt, tatsächlich generell als höher als in einem kapitalorientiert geführten Unternehmen eingestuft werden kann, ist damit noch nicht dargetan; nur dann aber lässt sich das Verbot kapitalgesellschaftlicher Rechtsformen mit Rücksicht auf die befürchteten erhöhten Gesundheitsgefahren bei Apothekern rechtfertigen. Argumentationspflocke lassen sich insoweit in zweierlei Hinsicht einschlagen: Den angestellten Apotheker treffen die Folgen seines Handelns nur mittelbar. Er steht nicht mit seiner Person und seinem gesamten Vermögen, sondern mittelbar mit dem Ruf des Unternehmens, dem er dient, für die Qualität seiner Beratung ein. Die nationalen Gesetzgeber gehen davon aus, dass der selbständige Apotheker seine Apotheke mit größerem pharmazeutischem Verantwortungsbewusstsein leitet als der angestellte Apotheker. Wird man diese Prämisse noch füglich bestreiten können,

³⁵ Ferner – so heißt es dort – „durch die für die zivilrechtliche Haftung für das Verhalten eines Dritten geltenden Vorschriften oder durch Bestimmungen, die eine Berufshaftpflichtversicherung vorschreiben“, EuGH (Fn. 34), Rdnr. 35.

³⁶ In diesem Sinne Europäische Kommission (Fn. 8); *Streinz/Hermann*, EuZW 2006, 455 (458).

³⁷ A.A. *Streinz/Hermann* (Fn. 36, 455 (458)).

kommt einem anderen Aspekt, der grundsätzlichen Weisungsabhängigkeit gegenüber dem Kapitalgeber, die Rolle eines neuralgischen Punktes zu: Mit der Aufspaltung der Verantwortung in eine pharmazeutische und wirtschaftliche Leitung öffnet sich dem Einfluss Fachfremder auf die Wahrnehmung der Aufgabe der Gesundheitsvorsorge das Tor. Interessenkollisionen zwischen dem Interesse an einer gesundheitsorientierten Beratung und dem Geschäftsinteresse an der Erreichung von Unternehmensgewinnzielen in einer kapitalorientierten Organisationsform entstehen und müssen nicht notwendig zugunsten des fachlich kundigen Angestellten entschieden werden. Der angestellte Apotheker hat es als solcher nicht in der Hand, eine heilberufliche Unternehmenskultur durchzusetzen, wenn diese an der Etablierung kommerzieller Geschäftspraktiken zur Erreichung kurzfristiger Gewinnziele ausgerichtet ist.

Den Interessenkonflikt zwischen Geschäfts- und Fachinteresse allein als ein Spezifikum kapitalgesellschaftlicher Organisationsformen anzusehen, wäre indes gleichermaßen blauäugig. Die Spannungslage löst sich im Fall eines inhabergestützten Organisationsmodells nicht einfach durch die Personalunion von wirtschaftlicher Leitung und heilberuflicher Beratungsfunktion auf; sie kulminiert in anderem Gewand in der Person des Apothekers³⁸. Auch der als Einzelunternehmer tätige Apotheker hat ein unabweisliches wirtschaftlich nachvollziehbares Interesse an wirtschaftlichen Gewinnen. Er sieht sich der Versuchung ausgesetzt, sich bei seiner Beratungsleistung weniger von der Gesundheitswirksamkeit seiner Empfehlungen als von dem wirtschaftlichen Interesse an den ihm zukommenden Gewinnen leiten zu lassen. Dass die innere Logik des Gewinnstrebens auch bei Apothekern ihre Wirkung nicht verfehlt, lässt sich auch Uneingeweihten nicht verheimlichen; es lässt sich ein signifikanter Konnex zwischen den Margen der Apotheker und der Häufigkeit einer Produktempfehlung nachweisen.

Tragkraft hat immerhin aber die (der gesetzgeberischen Entscheidung stillschweigend zugrunde liegende) Vermutung, dass derjenige, der aus fachlichem Interesse die Ausbildung zum Apotheker durchläuft, den eine Berufs- und Standesverantwortlichkeit trifft und sich zu einem beruflichen Ethos bekennt, sich im Durchschnitt jedenfalls nicht in gleichem Maße wie ein fachfremder Kapitalgeber, dessen erklärte Motivation die Gewinnerzielung ist, allein von einem ökonomischen Interesse leiten lassen wird. Die vom Apothekengesetz verlangte Verknüpfung von pharmazeutischer und wirtschaftlicher Verantwortung in der Person des Apothekenbetreibers gewährleistet ein hohes Maß an Wahrscheinlichkeit dafür, dass das pharmazeutische und wirtschaftliche Interesse in einem verantwortbaren Verhältnis bleiben

³⁸ Vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 - 4 StR 152/01 -, NJW 2002, 2724 (2727).

und insbesondere das pharmazeutische Interesse nicht durch das wirtschaftliche Interesse vollends unterspült wird. Die Unterwerfung unter eine fachfremde Führung bringt die nicht ausschließbare Gefahr mit sich, dass sich Kartelle und vertikal verschachtelte Konzerne bilden, die eine Konzentration von Entscheidungsmacht im Gesundheitswesen aufbauen, sowie das Risiko einer wachsenden Ausrichtung des Geschäftsbetriebs an Kommerzialisierungsinteressen, die das Vertrauen darauf, dass der Apotheker sich nicht vorrangig vom Gewinnstreben beherrschen lässt, nachhaltig zu erschüttern geeignet ist. Es darf auch als gesicherte wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnis gelten, dass kapitalorientiert ausgerichtete Unternehmen im Durchschnitt stärker als inhabergeführte Unternehmen kurzfristige Geschäftsinteressen verfolgen.

Den Gefahren einer Einflussmacht fachfremder Gesellschafter und der eingeschränkten persönlichen Verantwortlichkeit des angestellten Apothekers steht das Recht zugleich nicht vollends hilflos gegenüber. Ihnen lässt sich durch eine entsprechende Ausgestaltung der arbeitsrechtlichen Beziehungen und gesellschaftsrechtlichen Organisationsstruktur für den Fall des Interessenkonfliktes, insbesondere eine fachliche Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit (vgl. etwa § 59f Abs. 4 BRAO für die Rechtsanwalts-GmbH) und eine Einbeziehung in die berufsständische Verantwortlichkeit und haftungsrechtliche Verpflichtungen entgegenwirken. Auch für die ärztliche Tätigkeit – dem Inbegriff der Sensibilität im Gesundheitswesen – wird allgemein nicht für erforderlich gehalten, dass nur der wirtschaftlich selbständige Arzt in seiner Praxis die Heilbehandlung ausführen darf³⁹; ärztliche Leistungen werden nicht ausschließlich durch Selbständige, sondern etwa in Krankenhäusern⁴⁰ überwiegend und zunehmend auch in ambulanten Praxis-GmbHs⁴¹ durch angestellte Ärzte erbracht⁴². Medizinischen Versorgungszentren stellt der Gesetzgeber in § 95 Abs. 1 S. 3 SGB V die gewählte Rechtsform grundsätzlich ausdrücklich frei; die Zulassung der Rechtsform der GmbH gehörte zu den erklärten Intentionen des Gesetzgebers⁴³. Für

³⁹ So hat der EuGH im Falle einer griechischen Regelung, die Ärzten den Betrieb ausschließlich einer Praxis erlaubte, entschieden, dass eine ununterbrochene Versorgung mit weniger einschneidenden Mitteln sichergestellt werden könne, etwa durch eine vorgeschriebene Mindestanwesenheitszeit des Arztes in seiner Praxis oder an seinem Beschäftigungsort oder die Möglichkeit einer Vertretung vorgesehen werde; EuGH, Rs. C-351/90, Slg. 1992, I-3945, Rdnrn. 22 u. 23 – Kommission/Luxemburg.

⁴⁰ Man wird allerdings zugeben müssen, dass die Vergleichbarkeit beider Sachverhalte daran leidet, dass die notwendige Kapitalintensität der in Krankenhäusern vorgehaltenen Infrastruktur eine kapitalgesellschaftliche Rechtsform nahezu sachlogisch erzwingt, während der Betrieb einer Apotheke nicht notwendig eine kapitalorientierte Gesellschaftsform bedingt.

⁴¹ Vg. dazu *Taupitz*, NJW 1996, 3033 (3036) m.w.N.

⁴² Die Vergleichbarkeit beider Sachverhalte bestreitet *Starck* (Fn. 13), S. 39 (wenig überzeugend) mit dem Hinweis darauf, dass Ärzte und Rechtsanwälte höhere Dienstleistungen erbringen, deren wirtschaftlicher Erfolg nicht in derselben Weise ökonomisch gebündelt werden könne wie der Verkauf von Arzneimitteln.

⁴³ Vgl. dazu BT-Drucks. 15/1525, S. 294; *Schwanenflügel*, NZS 2006, 285 (289 ff.); *Klose*, BB 2003, 2702 ff.

andere freie Berufe, insbesondere Steuerberater, Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer, bestehen ähnliche kapitalgesellschaftliche Rechtsformen zulassende Regelungen (§§ 49, 50a StBerG, § 59a BRAO, §§ 27 ff. WPO, § 52e PAO). Wesentlich ist im Falle des Apothekers – soll die Zielsetzung des Fremdbetriebsverbotes erreicht werden – allein, dass einem approbierten Apotheker die berufliche Verantwortlichkeit und Entscheidungsfreiheit in Bezug auf die konkrete Arzneimittelabgabe und Beratung in der unmittelbaren Beziehung zum einzelnen Kunden unverändert erhalten bleiben muss. Der angestellte Apotheker muss eine eigenverantwortlich handelnde, fachlich weisungsfreie Person bleiben, deren freiberufliche Berufsausübung durch die Änderung der Organisationsstrukturen nicht substantiell angetastet wird. Er muss seine Tätigkeit in voller eigener Verantwortung ausführen können, also keinen Anordnungen und Weisungen fachlicher Art von Seiten solcher Personen ausgesetzt sein, die nicht über die Approbation als Apotheker verfügen⁴⁴. Nicht die wirtschaftliche Selbständigkeit, sondern die berufsständische Verantwortlichkeit und Unabhängigkeit sind das tragende rechtfertigende Element ihres beruflichen Sonderrechts⁴⁵.

Es sind durchaus Zweifel erlaubt, ob die kapitalgesellschaftliche Trennung von fachlich qualifizierter Beratung und wirtschaftlicher Leitung sich in einer kapitalgesellschaftlichen Rechtsform immer in einer Weise herstellen lässt, die die Unbefangenheit fachlicher Beratung nicht nur de iure, sondern auch realiter im Interesse einer von Kapitalinteressen weitgehend abgeschirmten Gesundheitsberatung durchgängig sicherzustellen vermag. Nicht jede gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung bietet den Gefahren, die das Fremdbetriebsverbot abzuwenden trachtet, in ausreichendem Umfang die Stirn. Nicht umsonst lassen die Rechtsanwalts- und andere berufsständische Ordnungen ausschließlich Rechtsanwälte sowie bestimmte fachverwandte Berufsgruppen, nicht aber gänzlich Fachfremde als Gesellschafter einer solchen GmbH zu (vgl. etwa § 59e Abs. 1 BRAO). Eine Auflösung des Fremdbetriebsverbotes lässt sich nicht in allen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsformen als in gleichem Maße zur Abwehr der befürchteten Gefahren wirksam einstufen wie inhabergeführte Gestaltungsformen.

Die besondere Gefahrträchtigkeit der mit der Apothekertätigkeit verbundenen Aufgaben, das nicht ausschließbare Risiko der Kommerzialisierung, Konzentration und der Einflussnahme auf fachliche Entscheidungen im Gefolge kapitalwirtschaftlicher Organisationsstrukturen lässt gesellschaftsrechtliche Beschränkungen, etwa ein Verbot einer Mehrheitsbeteiligung von Fachfremden an einer Apotheker-Kapitalgesellschaft, als

⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 30.11.987 – IV ZR 69/76 -, BGHZ 70, 158 (167); *Taupitz/Schelling*, NJW 1999, 1751 (1754).

⁴⁵ Ähnlich *Zuck/Lenz* (Fn. 13), Rdnr. 129.

gerechtfertigt erscheinen, um die intendierte Eigenverantwortlichkeit der Tätigkeit sicherzustellen und fachfremden Einfluss auf die Wahrnehmung der Aufgabe des Gesundheitsschutzes im Interesse eines unbefangenen Gesundheitsschutzes wirksam auszuschließen. Ein Verbot *aller* kapitalstrukturierten Rechtsformen – wie in § 8 ApoG festgeschrieben – bedingt dies nicht notwendig, vielmehr ein Verbot solcher gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsformen, die dem bestimmenden Einfluss fachfremder Kapitalgeber auf die Wahrnehmung pharmazeutischer Aufgaben Raum lassen. Das Fremdbetriebsverbot des ApoG schießt danach insoweit über das Ziel hinaus, als es rigoros alle kapitalgesellschaftlichen Rechtsformen – etwa auch Gesellschaften, deren Gesellschafter ausschließlich Approbierte sind – verbietet; soweit die pharmazeutische Unabhängigkeit nicht durch äquivalente Vorkehrungen gesellschaftsrechtlicher Natur gewährleistet wird, erweist sich ein Verbot indes nicht sub specie des Verhältnismäßigkeitsprinzips als gemeinschaftswidrig.

B. Der Anwendungsvorrang des Europarechts und die Reichweite der exekutiven Normverwerfungsbefugnis

Solange der EuGH nicht verbindlich über die Gemeinschaftskonformität des Fremdbetriebsverbotes entschieden hat, ist die gesetzesanwendende Verwaltung mit einer normativen Schwebelage konfrontiert, die sie vor die Frage nach den kollisionsrechtlichen Wirkungen der Niederlassungsfreiheit und den Handlungsoptionen bei der Entscheidung über die Erteilung einer Betriebserlaubnis für juristische Personen stellt. Die Verwaltungsbehörden sind an Gesetz und Recht gebunden und – wie alle Träger öffentlicher Gewalt – „im Rahmen ihrer Zuständigkeit“ zur Prüfung der Gemeinschaftskonformität des anzuwendenden nationalen Rechts verpflichtet.

Ob ihrer gemeinschaftsrechtlichen Prüfungspflicht auch eine Verwerfungspflicht bzw. -befugnis korrespondiert, gehört zu den nach wie vor ungeklärten intrikaten Fragen des Europäischen Gemeinschaftsrechts⁴⁶. Der EuGH bejaht dies seit der Costanzo-Entscheidung⁴⁷ ungeniert: Die nationalen Verwaltungsbehörden müssen von nationalem Recht – gleich welcher Art – abweichen, wenn es einer unmittelbar geltenden Bestimmung des Gemeinschaftsrechts entgegensteht. Der EuGH stellt die mitgliedstaatliche Verwaltung

⁴⁶ Dazu etwa von *Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 209 ff.; *Hutka*, Gemeinschaftsrechtsbezogene Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der deutschen Verwaltung gegenüber Rechtsnormen nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nach deutschem Recht, 1996; *Jamrath*, Normenkontrolle und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 123 ff.; *A. Weber*, EuR 1986, 1 (25 ff.); *Scheuing*, EuR 1985, 251 ff.; vgl. auch die weiteren Nachweise bei *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 10 EGV Rdnr. 43 mit Fn. 229.

⁴⁷ EuGH, Rs. 103/88, Slg. 1989, S. 1839 (1870 f.) – Fratelli Costanzo; EuGH, Rs. C-431/92, Slg. 1995, I-S. 2189 (2220, 2224) – Wärmekraftwerk Großkrotzenburg.

(ebenso wie die nach Art. 234 EG institutionell in die Pflicht genommenen Gerichte) als zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts durch Art. 24 Abs. 1 GG legitimierten Wächter des Gemeinschaftsrechts auf den Posten. Die Verwerfungspflicht erscheint ihm als eine konsequente Folge des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts und des Gedankens „effet utile“, der alle Träger öffentlicher Gewalt zur effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts verpflichtet. Wenn die nationalen Verwaltungsbehörden nicht berechtigt und verpflichtet wären, gemeinschaftswidriges nationales Recht (auch etwa vor dem Abschluss eines [langwierigen] Vertragsverletzungsverfahrens) außer Anwendung zu lassen, bedeutete dies in der Tat eine Einschränkung der Wirksamkeit und Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts. Anders als im Falle einer erkannten Verfassungswidrigkeit steht den Behörden auch keine Möglichkeit zu Gebote, ex officio eine verbindliche Klärung der Gemeinschaftskonformität des nationalen Rechts herbeizuführen. Sie sind auf ihr eigenes Urteil angewiesen und handeln im Bachof'schen Sinne ganz „auf eigenes Risiko“⁴⁸.

Ein Hinwegsetzen über die legislative Autorität der im formellen Gesetz ausgedrückten parlamentarischen Entscheidung stellt freilich zugleich die Grundregeln der grundgesetzlichen Funktionenordnung und der im Rechtsstaatsprinzip angelegten Rechtssicherheit auf die Probe. Eine Normverwerfung greift in den Verantwortungsbereich des Gesetzgebers über, die ihm die Verfassung zugedenkt und auf vielerlei Weise (vgl. etwa Art. 100 GG) normativ absichert. Das Risiko rechtsfehlerhafter Kollisionsentscheidungen und differierender Auslegungsergebnisse in den einzelnen Mitgliedstaaten ist substanziell und rückt die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Normverwerfung in ein zwiespältiges Licht. Eine großzügige Handhabung kann schnell in eine Verwerfungsanarchie umschlagen, die den Vorrang des Gesetzes nach dem Gusto des handelnden Akteurs aushebelt und einer selektiven Gesetzmäßigkeit der Verwaltung das Wort redet.

Der Funktion der Verwaltung im Kompetenzgefüge entspricht es, fremde Willensäußerungen nachzuvollziehen⁴⁹. Eine Entscheidungsgewalt über die im Gesetz angeordneten Rechtsfolgen kann ihr als Ausnahmeerscheinung nur im Rahmen einer ausdrücklichen Ermächtigung zukommen. Eine solche ist in der Verfassung nicht selbst angelegt. Sie als voraussetzungslose Verwerfungspflicht in die Europäischen Verträge hineinzulesen, weitet die Grenzen des vertraglich konsentierten Integrationsprogramms aus und rührt an der aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue abzuleitenden

⁴⁸ *Bachof*, AöR 87 (1962), 1 (41 ff.); ebenso ausdrücklich *GA Lenz*, Schlussanträge in der Rs. 103/88, Slg. 1989, 1851 (1858 f.; Rdnr. 36 ff.).

⁴⁹ Ist sie auch an Gesetz und Recht gebunden, sagt dies noch nichts darüber aus, auf welchem Wege und durch welches Organ über die Gültigkeit einer Rechtsnorm entschieden werden darf.

Rücksichtnahmepflicht gegenüber grundlegenden mitgliedstaatlichen Verfassungspositionen (namentlich der Rechtssicherheit und des Gewaltenteilungsprinzips). Ist die Funktionalisierung der Verwaltung zum Vollzug des Gemeinschaftsrechts auch durch Art. 24 Abs. 1 GG legitimiert, muss diese ihre Grenze dort finden, wo die Rechtssicherheit und die im Grundgesetz angelegte Gewaltenteilung aus ihren verfassungsrechtlichen Angeln gehoben werden.

Eine exekutive Normverwerfung wird nur insoweit als zulässig angesehen werden können, als der Verstoß gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht in concreto entweder offensichtlich, d.h. die Anwendung des deutschen Rechts auf den konkreten Fall mit dem Gemeinschaftsrecht erkennbar unverträglich, ist, oder durch den EuGH (etwa in einem Vorabentscheidungsverfahren) abstrakt bereits festgestellt ist⁵⁰.

Im Falle der Betriebserlaubniserteilung an Doc. Morris ist weder das eine noch das andere der Fall. Die Gemeinschaftswidrigkeit steht einem Betriebsverbot nicht auf die Stirn geschrieben. Erweist sich das Fremdbetriebsverbot des § 8 ApoG als solches auch insoweit als gemeinschaftswidrig, als seine Zielsetzung in gewissem Umfang auch durch äquivalente gesellschaftsrechtliche Restriktionen hergestellt werden kann, zwingt das Gemeinschaftsrecht umgekehrt nicht dazu, jeder Kapitalgesellschaft eine Betriebserlaubnis zu erteilen und den Apothekenbetrieb für alle Gestaltungsformen fachfremder Kapitalgeber vollständig zu öffnen. Als gemeinschaftswidrig erweist sich eine Verweigerung einer Betriebserlaubnis für juristische Personen nur insoweit, als eine Einflussnahme auf die unbefangene pharmazeutische Aufgabenwahrnehmung durch gesellschaftsrechtliche Schutzvorkehrungen wirksam ausgeschlossen ist. Dass dies im Falle des nach kapitalwirtschaftlichen Prinzipien strukturierten Anbieters Doc. Morris ist nicht ersichtlich.

Eine vollständige Außerachtlassung der normativen Aussage des § 8 ApoG ließe eine gesetzliche Schutzlücke entstehen, deren Schließung der Verwaltung nicht aus eigener Macht zukommt⁵¹. Die Entscheidung zu treffen, unter welchen gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen und Kautelen eine Kapitalgesellschaft eine Betriebserlaubnis erhalten kann, damit die gesetzlichen Schutzintentionen nicht vollständig unterspült wird, bedarf in Grenzfällen einer parlamentarischer Leitentscheidung, die der Verwaltung in ihrer eingeschränkten Funktion nach der Verfassung nicht zugewiesen ist.

⁵⁰ Ähnlich etwa *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 46), Art. 10 EGV Rdnr. 43 mit Fn. 229 m.w.N.

⁵¹ Zur gesetzlichen Schutzlücke als Schranke des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts auch *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1 (5); *Szczekalla*, in Rengeling (Hrsg.) HdBuch zum deutschen und europäischen Umweltrecht I, 2. Aufl. 2003, § 11 Rdnr. 38 a.E.; *Nitschke*, Harmonisierung des nationalen Verwaltungsvollzugs von EG-UmweltR, S. 51 ff.

III. Fazit

Die Erteilung der Apothekenbetriebserlaubnis an Doc. Morris stellt sich als Manöver der Rechtspolitik dar, nicht aber als ordnungsgemäße Wahrnehmung einer gemeinschaftsrechtlich induzierten Verwerfungsbefugnis der Verwaltung. Trifft die Verwaltung auch eine gemeinschaftsrechtliche Prüfungspflicht, steht ihr nicht die Macht zu, § 8 ApoG und die darin enthaltene normative Aussage gänzlich zu ignorieren und die gesetzliche Schutzintention des Gesetzgebers im Wege des Verwaltungsvollzugs aus den Angeln zu heben.

Erweist die Zielsetzung des Fremdbetriebsverbots, von Gewinnerzielungsinteressen losgelösten Gesundheitsschutz herzustellen und bestimmenden Einfluss fachfremder Kapitalgeber wirksam auszuschließen, sich auch als legitim, gebietet sie freilich nicht notwendig eine vollständige Personalunion von wirtschaftlicher Leitung und fachlicher Beratung. Sie lässt sich auch auf andere Weise als durch ein Rechtsformwahlverbot herstellen, soweit gesellschaftsrechtliche Restriktionen der Unterwanderung pharmazeutischer Unabhängigkeit durch fachfremde Gesellschafter Einhalt gebieten. In der Gestalt, in der das Fremdbetriebsverbot in § 8 ApoG seinen Ausdruck gefunden hat, hält es einer Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten insoweit nicht vollständig Stand. Seine Zeiten sind gezählt.

„Wackrer Apotheker, deine Tränke wirken schnell“, lässt *Shakespeare* den *Romeo* im Fünften Aufzug von „Romeo und Julia“ sprechen. Angesichts der sich abzeichnenden rechtspolitischen Entwicklungen ist man versucht hinzuzufügen: „Aber das Ende Deiner Selbständigkeit kommt möglicherweise schnell.“