

## Das apothekenrechtliche Fremdbesitzverbot vor dem EuGH

Von Ass.iur. Michael Jung\*

*Am 19. Mai 2009 hat der Europäische Gerichtshof über die Vereinbarkeit apothekenrechtlicher Fremdbesitzverbote mit den europäischen Grundfreiheiten entschieden<sup>1</sup>. Er hat dabei den weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Gesundheitssysteme betont und den Hoffnungen von Liberalisierungsbefürwortern auf juristische Hilfe aus Luxemburg eine Absage erteilt. Diese wegweisende Rechtsprechung des EuGH, die über die konkret zur Entscheidung stehende Rechtsfrage hinaus Bedeutung entwickeln dürfte, wird nachfolgend skizziert und eingeordnet.*

### A. Allgemeine Ausgangslage

Die Regulierung Freier Berufe, zu denen auch die Apotheker zählen, steht seit einiger Zeit im besonderen Fokus der EU-Kommission. Auch auf nationaler Ebene werden viele existierende Vorschriften unter Verweis auf gemeinschafts- oder verfassungsrechtliche Vorgaben hinterfragt. Die von den entsprechenden Akteuren gewünschte Liberalisierung soll nach ihren Vorstellungen für mehr Wettbewerb unter den Freien Berufen sorgen und so volkswirtschaftliche Vorteile freisetzen. Diese angeblich positiven

Wirkungen einer Liberalisierung werden dabei oft mit ökonomischen Studien belegt, die allerdings vielfach eine rein quantitative Analyse existierender Regulierungen vornehmen und dabei die erforderliche Qualität der Leistungen und die Folgen für eine flächendeckende Versorgung mit wichtigen Leistungen der Daseinsvorsorge außer acht lassen<sup>2</sup>.

Ein typisches Beispiel für eine solchermaßen angegriffene Regulierung ist das apothekenrechtliche Fremdbesitzverbot. Es ist seit Inkrafttreten des Apothekengesetzes am 1. Oktober 1960<sup>3</sup> bundesgesetzlich verankert (§§ 1, 2, 7, 8 ApoG) und stellt eine der wesentlichen Säulen des deutschen Apothekenrechts dar. Das Bundesverfassungsgericht hat es schon früh als verfassungskonform bestätigt und dabei das gesetzgeberische Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“ hervorgehoben<sup>4</sup>. Auch nach den jüngsten Gesundheitsreformen ist das Fremdbesitzverbot unangetastet geblieben<sup>5</sup>. Das eng mit ihm verbundene Mehrbesitzverbot hat ebenfalls bis heute Bestand; seit 2004 kann allerdings jeder Apotheker neben seiner Hauptapotheke bis zu drei Filialapotheken im näheren Umkreis betreiben (§ 2 Abs. 4 ApoG).

## **B. Der Sachverhalt des Rechtsstreits**

Die niederländische Kapitalgesellschaft DocMorris N.V.<sup>6</sup> erhielt zum 1. Juli 2006 die Erlaubnis zum Betrieb einer Filialapotheke in Saarbrücken. Das dafür zuständige Ministerium für Justiz und Soziales berief sich zur Begründung darauf, dass es diese Betriebserlaubnis entgegen den Vorschriften des deutschen Apothekengesetzes einer Kapitalgesellschaft erteilte, auf eine angebliche Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Fremdbesitzverbots und den Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Man habe sich daher verpflichtet gesehen, das entgegenstehende deutsche Recht nicht anzuwenden und die Betriebserlaubnis zu erteilen.

Gegen die Erteilung dieser Betriebserlaubnis klagten daraufhin die Apothekerkammer des Saarlandes, der Deutsche Apothekerverband und mehrere Saarbrücker Apotheker. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ordnete das Verwaltungsgericht zunächst die Schließung der Apotheke an<sup>7</sup>, bevor das Oberverwaltungsgericht diese Entscheidung aufhob und die Apotheke wieder öffnete<sup>8</sup>. Das Verwaltungsgericht legte die Rechtsfragen daraufhin im Hauptsacheverfahren dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor<sup>9</sup>. Neben der apothekenrechtlichen Frage, ob das Fremdbesitzverbot mit den Grundfreiheiten vereinbar ist, erkundigte es sich dabei auch nach den allgemeinen Grundsätzen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und den daraus resultierenden Folgen für das Behördenhandeln, insbesondere den Voraussetzungen für eine mögliche Verpflichtung der Behörde zur Nichtanwendung nationalen Rechts<sup>10</sup>.

Am 3. September 2008 fand in Luxemburg die mündliche Verhandlung vor der Großen Kammer des EuGH statt.

Gleichzeitig mit dem Vorlageverfahren wurde über ein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen Italien verhandelt, in dem diese ähnlich gestaltete italienische Rechtsvorschriften angriff. Die außergewöhnlich umfangreiche Verhandlung dauerte über sieben Stunden und fand vor vollen Zuschauerrängen statt. Insgesamt wurden von den Verfahrensbeteiligten und Mitgliedstaaten als Streithelfern 16 Plädoyers gehalten, wobei die meisten sich für die Gemeinschaftsrechtskonformität des Fremdbesitzverbots aussprachen<sup>11</sup>.

Der zuständige Generalanwalt Yves Bot verlas am 16. Dezember 2008 seine Schlussanträge. Er schlug darin dem Gerichtshof – zur Überraschung vieler außenstehender Beobachter, die eine Liberalisierung erwarteten – vor, einen Verstoß des Fremdbesitzverbots gegen das Gemeinschaftsrecht zu verneinen. Diesen Schlussanträgen folgte die Große Kammer nun in ihrem Urteil vom 19. Mai 2009<sup>12</sup>.

## **C. Die wesentlichen Aussagen des EuGH**

Gleich in seinen einleitenden „Vorbermerkungen“<sup>13</sup> stellt der Gerichtshof klar, dass er die Grundentscheidung des Art. 152 Abs. 5 EG respektiert, wonach die Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit und insbesondere für den Erlass von Vorschriften zur Organisation von Diensten im Gesundheitswesen wie der öffentlichen Apotheken zuständig sind. Gleichzeitig weist er auf seine ständige Rechtsprechung hin, welche die Ausübung dieser Zuständigkeit unter den Vorbehalt der Beachtung der Bestimmungen des Vertrags über die Grundfreiheiten stellt. Es sei daher grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz

der Gesundheit ihrer Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da sich dieses Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedstaaten nach Auffassung des EuGH ein Wertungsspielraum zuerkennen.

Die vom Gerichtshof bejahte Einschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) durch das Fremdbesitzverbot sieht er als aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses – nämlich dem Ziel des Gesetzgebers, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen – gerechtfertigt an. Die an diese Rechtfertigung von ihm angelegten Maßstäbe sind bemerkenswert deutlich<sup>14</sup>:

Ein Mitgliedstaat müsse präventive Schutzmaßnahmen treffen können, ohne darauf warten zu müssen, bis der Beweis für das tatsächliche Bestehen einer Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung vollständig erbracht ist. Er könne außerdem diejenigen Maßnahmen ergreifen, welche eine weitestmögliche Verringerung dieser Gesundheitsgefahren versprechen<sup>15</sup>. In diesem Zusammenhang sei hier konkret der ganz besondere Charakter der Arzneimittel<sup>16</sup> und die finanziellen Folgen einer Fehlsteuerung<sup>17</sup> zu berücksichtigen.

Dann folgen die Kernsätze des Urteils: Nach diesen skizzierten Grundsätzen seien die Mitgliedstaaten befugt, für den Vertrieb von Arzneimitteln eine tatsächliche berufliche Unabhängigkeit der Apotheker zu fordern und Maßnahmen gegen drohende Beeinträchtigungen dieser Unabhängigkeit zu treffen<sup>18</sup>. Bei Apothekern sei davon auszugehen, dass sie ihre Apotheke nicht nur aus rein wirtschaftlichen Zwecken betreiben, sondern auch unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel. Ihr

privates Interesse an Gewinnerzielung werde durch ihre Ausbildung, ihre berufliche Erfahrung und die ihnen obliegende Verantwortung gezügelt, da ein etwaiger Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder berufsrechtliche Regeln nicht nur den Wert der Investition, sondern auch die eigene berufliche Existenz erschüttere<sup>19</sup>. Nichtapotheker böten diese Garantien nicht im gleichen Maße, weil ihr Gewinnstreben nicht mit den erwähnten mäßigenden Faktoren einhergehe.

Anschließend untersucht der EuGH die Kohärenz des Regelungssystems und stellt fest, dass vorhandene Ausnahmeklauseln (Verwaltung, § 13 ApoG; Krankenhausapotheken, § 14 ApoG; Filialapotheken, § 2 ApoG)<sup>20</sup> das grundlegende System nicht in Frage stellen.

Auch die Verhältnismäßigkeit der Regelungen steht nach Auffassung des EuGH nicht in Frage. Er setzt sich insoweit mit dem Vortrag der Kommission auseinander, welche alternative und weniger einschränkende Maßnahmen vorgeschlagen hatte (Verpflichtung zur Anwesenheit eines angestellten Apothekers, Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung und System wirksamer Kontrollen). Der Gerichtshof weist insoweit erneut explizit auf den Wertungsspielraum der Mitgliedstaaten hin<sup>21</sup> und bezweifelt, dass die von der Kommission vorgeschlagenen Maßnahmen genauso wirksam wären wie das Fremdbesitzverbot<sup>22</sup>. Er relativiert somit auch die Aussagen eines früheren Urteils zum Fremdbesitzverbot bei griechischen Optikern, das im Verfahren als mögliches Präjudiz zitiert worden war, vom EuGH aber nun als „nicht übertragbar“ bezeichnet wird<sup>23</sup>.

## D. Einordnung des Urteils

Die Bedeutung des Urteils für das deutsche Apothekensystem kann kaum überschätzt werden. Immerhin bestätigt es die Grundstrukturen des bestehenden Systems und schafft so Planungssicherheit für die Marktbeteiligten. Hätte sich der Gerichtshof gegen das Fremdbesitzverbot<sup>24</sup> gestellt, wären kurz- bis mittelfristig gewaltige Marktveränderungen zu erwarten gewesen. Interessierte Großkonzerne hatten die Eröffnung bzw. Übernahme von Apotheken und die Etablierung von Apothekenketten in Deutschland bereits angekündigt.

Das Urteil setzt einen wichtigen Meilenstein in der juristischen Diskussion um das Fremdbesitzverbot, aber es wird auch Folgen für die politische Diskussion in Deutschland haben. Immerhin bewertet der Gerichtshof die existierenden Regelungen als qualitativ hochwertig und als Garant für eine sichere Arzneimittelversorgung der Bevölkerung. Wer immer etwas anderes an ihre Stelle setzen will, muss nachweisen, dass die Ergebnisse des neuen Systems genauso gut sein werden. Bezüglich der von der Kommission ins Feld geführten Alternativen hat der Gerichtshof dies eindrücklich bezweifelt – und andere Alternativen wurden bislang nicht vorgestellt.

Auch für die europäische Apothekerschaft wirkt sich die Entscheidung positiv aus. Immerhin führt die Kommission gegenwärtig Vertragsverletzungsverfahren gegen mehrere Mitgliedstaaten, in denen vergleichbare Regelungen bestehen. Es dürfte nicht zu erwarten sein, dass die Kommission diese Verfahren nun noch vor den Gerichtshof bringt. Darüber hinaus zeichnet sich auch ab, dass andere von der Kommission angegriffene Niederlassungsregeln wie z.B. die in vielen Mitgliedstaaten existierende Bedarfszu-

lassung ebenfalls vom EuGH grundsätzlich akzeptiert werden<sup>25</sup>. Den juristischen Bemühungen der Generaldirektion Binnenmarkt dürfte damit die Grundlage entzogen sein, und auch die „Advocacy“-Bestrebungen der Generaldirektion Wettbewerb für mehr Liberalisierung in den Mitgliedstaaten werden auf (noch) weniger Gegenliebe stoßen.

Im Zusammenhang mit anderen Urteilen des EuGH aus jüngerer Zeit zu Regulierungen im Gesundheits- und Apothekenwesen<sup>26</sup> wird zudem deutlich, dass sich eine feste Linie seiner Rechtsprechung entwickelt hat. Die oben skizzierten Grundsätze werden von ihm auf sehr unterschiedliche Fallgestaltungen einheitlich angewendet. Trotz der heftigen Attacken und umfangreichen Argumente, die im vorliegenden Verfahren gegen das Fremdbesitzverbot vorgebracht wurden, kann sich der Gerichtshof daher auf relativ knappe Ausführungen und Verweise auf seine Grundlinie beschränken, den Mitgliedstaaten im sensiblen Gesundheitsbereich einen großen Wertungsspielraum zuzugestehen.

Nicht zuletzt wird das Urteil auch positiv für vergleichbare Regelungen bei anderen Freien Berufen wirken. Der EuGH bestätigt mit seiner Entscheidung ganz grundlegend die wichtige Rolle der Unabhängigkeit von Freiberuflern bei ihrer Berufsausübung. Der Gesundheitsschutz kann dabei ebenso als Rechtfertigungsgrund für Ärzte herangezogen werden<sup>27</sup>, wie der Schutz der Rechtspflege und der Zugang zum Recht als Rechtfertigungsgrund für Anwälte<sup>28</sup>.

## E. Die öffentliche Wahrnehmung

Wie schon nach der Veröffentlichung der Schlussanträge, war die weit überwiegende Kommentierung des

Urteils in der Tagespresse ablehnend. Die „veröffentlichte Meinung“ hätte lieber einen Erfolg für die erhoffte Liberalisierung gefeiert, als sich nun mit bestehenden Strukturen abzufinden. Handfeste und überzeugende Belege für die angeblichen ökonomischen Vorteile einer Liberalisierung gibt es allerdings nach wie vor nicht.

Wohlthuend differenziert wirkt dagegen ein Kommentar von *Heribert Prantl* in der *Süddeutschen Zeitung* vom 20. Mai 2009<sup>29</sup>: Nicht alles, was alt ist, sei veraltet. Nicht der Markt, nicht die Niederlassungs- und Kapitalfreiheit seien die höchsten Werte, denen sich alles unterzuordnen habe. Warum solle ein System dereguliert werden, das gut funktioniert? Das Urteil könne ein Zeichen der Besinnung darauf sein, dass die EU den Mitgliedstaaten ihre Eigenheiten lässt. Deregulierung und Traditionszerstörung könne nicht oberstes Ziel europäischer Gewalt bleiben. Die Richter hätten mit ihrer Entscheidung ein „Kapitaldelikt“ am Apothekenwesen verhindert.

*Prantl* weist aber auch – genauso richtig – auf die Herausforderungen hin: Die Grundprinzipien des Apothekenrechts seien ebenso altehrwürdig wie erhaltenswürdig – aber nur dann, wenn die Apotheker zeigen, dass sie mehr können als ein Discounter. Der Spruch aus Luxemburg allein werde sie nicht erhalten; das müssten sie schon selber, und zwar durch ihre heilberufliche Leistung.

Diesen Ausführungen ist nichts hinzuzufügen.

---

Der Verfasser ist juristischer Referent u.a. für Europarecht in der Geschäftsstelle der ABDA - Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände und in die Betreuung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens im Saarland sowie vor dem Europäischen Gerichtshof eingebunden. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

<sup>1</sup> EuGH, Urteile der *Großen Kammer* vom 19.05.2009, verb. Rs. C-171/07 und C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes* u.a. sowie Rs. C-531/06, *Kommission./Italien*; vgl. dazu auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Yves Bot* vom 16.12.2008; Die Volltexte sind unter <http://curia.europa.eu> abrufbar.

<sup>2</sup> vgl. dazu vertiefend *Jung*, Deregulierung in Europa – am Beispiel des Apothekenrechts, in: *Kluth*, Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2005, S. 453 ff.

<sup>3</sup> Das Apothekengesetz wurde anstelle der vorher existierenden landesgesetzlichen Regelungen geschaffen, nachdem das BVerfG in seinem „Apothekenurteil“ vom 11. Juni 1958 (BVerfGE 7, 377 ff.) die vormalige Bedarfszulassung für verfassungswidrig erklärt hatte. Das Apothekengesetz sieht entsprechend der Vorgaben des BVerfG die Niederlassungsfreiheit für Apotheker vor.

<sup>4</sup> BVerfGE 17, 232 ff.

<sup>5</sup> vgl. dazu auch die Debatte im Plenum des Deutschen Bundestags vom 28. September 2006, in der Redner aller Fraktionen – bis auf die Grünen – das Fremd- und Mehrbesitzverbot verteidigten, BT-Plenarprotokoll 16/54, S. 5253 ff., und die folgende Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses, BT-Drs. 16/7863

<sup>6</sup> Die DocMorris N.V. – Betreiberin einer der größten Versandapotheken Europas – wurde im April 2007 mehrheitlich von der Celesio AG, einem der größten Pharmagroßhandelsunternehmen Europas, übernommen. Celesio betreibt in mehreren Mitgliedstaaten auch Apothekenketten.

<sup>7</sup> VG Saarlouis, Beschluss vom 12.09.2006, 3 F 38/06

<sup>8</sup> OVG Saarlouis, Beschluss vom 22.01.2008, 3 W 14/06

<sup>9</sup> VG Saarlouis, Beschluss vom 20.03.2007, 3 K 361/06. Die Entscheidungen des VG und des OVG sind unter [http://rsl.juris.de/cgi-bin/laender\\_rechtsprechung/sl\\_frameset.py](http://rsl.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/sl_frameset.py) abrufbar.

---



<sup>10</sup> Der EuGH hat – wie schon der Generalanwalt – die zweite Vorlagefrage in seiner Entscheidung nicht beantwortet, da es hierauf im konkreten Fall nicht mehr ankam. Die Kläger und das VG hatten dafür plädiert, nur bei einem evidenten Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht oder bereits vorliegender EuGH-Rechtsprechung zur konkret betroffenen Vorschrift eine Berechtigung und Verpflichtung der Behörde zur Nichtanwendung nationalen Rechts zu bejahen. Dagegen nahmen das Ministerium und das OVG an, bereits eine Überzeugungsgewissheit der Behörde reiche dazu aus.

<sup>11</sup> Berichte über die Verhandlung und das weitere EuGH-Verfahren sind unter [www.apotheke-adhoc.de](http://www.apotheke-adhoc.de) abrufbar.

<sup>12</sup> Wie schon die Schlussanträge des Generalanwalts, sind auch die Urteile des EuGH zum deutschen und italienischen Verfahren in ihren tragenden Erwägungen weitestgehend wortgleich.

<sup>13</sup> Rn. 18 ff.

<sup>14</sup> Dies gilt besonders vor dem Hintergrund, dass der EuGH gleichzeitig im italienischen Vertragsverletzungsverfahren urteilte, in dem die Beweislast für eine Rechtfertigung grundsätzlich dem beklagten Mitgliedstaat obliegt.

<sup>15</sup> Rn. 30

<sup>16</sup> Rn. 31

<sup>17</sup> Rn. 33

<sup>18</sup> Rn. 35

<sup>19</sup> Rn. 37

<sup>20</sup> Die Vorschriften zur Apothekenpacht (§ 9 ApoG) prüft der EuGH in seinem Urteil nicht. Die Gründe hierfür sind nicht ersichtlich; der Generalanwalt hatte § 9 in seinen Schlussanträgen in der Reihe der übrigen genannten Vorschriften erwähnt und für rechtmäßig befunden.

<sup>21</sup> Rn. 54

<sup>22</sup> Rn. 55 f.

<sup>23</sup> Rn. 59 f.; Urteil vom 21.04.2005, C-140/03, *Kommission./Griechenland*. Generalanwalt Colomer hatte in seinen damaligen Schlussanträgen vom 07.12.2004 ausdrücklich auf die Ähnlichkeit des deutschen apothekenrechtlichen Fremdbesitzverbots zu den angegriffenen Vorschriften verwiesen (dort Fn. 12).

<sup>24</sup> Und damit implizit auch gegen das eng mit ihm verbundene Mehrbesitzverbot

<sup>25</sup> Vgl. dazu das Urteil vom 10.03.2009, C-169/07, *Hartlauer*, in dem die österreichi-

sche Bedarfszulassung für Zahnarztgruppenpraxen dem Grunde nach gebilligt und lediglich wegen inkohärenter Ausgestaltung als gemeinschaftsrechtswidrig eingestuft wurde. Ferner fand am Tag der Urteilsverkündung zum Fremdbesitzverbot die mündliche Verhandlung vor der Großen Kammer zu einem Vorabentscheidungsverfahren über die apothekenrechtliche Bedarfszulassung in Asturien/Spanien statt (C-570/07 und C-571/07).

<sup>26</sup> z.B. Urteile vom 16.05.2006, C-372/04, *Watts*, vom 11.09.2008, C-140/07, *Kommission./Deutschland* und vom 10.03.2009, C-169/07, *Hartlauer*

<sup>27</sup> In jüngsten Verlautbarungen hat z.B. die Kassenärztliche Bundesvereinigung gefordert, „gewinnorientierte Kapitalgesellschaften“ vom Betrieb Medizinischer Versorgungszentren auszuschließen.

<sup>28</sup> Vgl. insoweit auch schon das Urteil vom 19.02.2002, C-309/99, *Wouters*

<sup>29</sup> *Heribert Prantl*, „Das Pillen-Signal“: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/568/469127/text>