

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER  
vom 7. Dezember 2004<sup>1</sup>

1. In diesem Vertragsverletzungsverfahren beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften beim Gerichtshof gemäß Artikel 226 EG die Feststellung, dass die Hellenische Republik durch die Bedingungen, die sie sowohl für natürliche als auch für juristische Personen für die Genehmigung des Betriebs von Geschäften für optische Artikel in ihrem Hoheitsgebiet aufgestellt hat, gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 43 EG und 48 EG verstoßen hat.

2. Erneut ist eine Rechtssache anhängig, deren Gegenstand die so genannten „unterschiedslos anwendbaren Beschränkungen“ sind, da in der einschlägigen rechtlichen Regelung nicht zwischen Inländern und Ausländern aus der Gemeinschaft unterschieden wird. Die unterschiedliche Behandlung kann sich mittelbar aus anderen Erfordernissen ergeben, die scheinbar neutral sind, im vorliegenden Fall das Erfordernis, dass die Eröffnung eines Optikergeschäfts nur einem auf diesem Fachgebiet zugelassenen Fachmann erlaubt wird, der entweder in eigenem Namen oder über seine Beteiligung an einer Personengesellschaft tätig wird.

**I — Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen**

3. Der EG-Vertrag widmet den Titel III den Grundfreiheiten der Freizügigkeit und des freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs, wobei er das Niederlassungsrecht spezifisch in Kapitel 2 regelt, das die Artikel 43 bis 48 umfasst, von denen im vorliegenden Verfahren der Erstgenannte und der Letztgenannte von Interesse sind.

4. Artikel 43 EG konkretisiert die Koordinaten dieses Rechts wie folgt:

„Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.

1 — Originalsprache: Spanisch.

Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.“

5. Artikel 48 EG stellt für die Ausübung dieser Freiheit juristische Personen den natürlichen Personen gleich:

„Für die Anwendung dieses Kapitels stehen die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.

Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.“

## II — Die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften

6. In Griechenland ist die Einrichtung von Geschäften für optische Artikel von dem im Gesetz Nr. 971/79<sup>2</sup> genannten Erfordernissen abhängig. Artikel 6 Absatz 6 enthält die Voraussetzung, dass — vorbehaltlich der Regelungen in Artikel 6 Absatz 3<sup>3</sup> und in Artikel 8 Absatz 2<sup>4</sup> — Optikergeschäfte persönlich von den Inhabern einer dafür erteilten Genehmigung betrieben werden, was, wie in der Vorschrift weiter ausgeführt wird, bedeutet, dass jeder Augenoptiker als *natürliche Person* nicht mehr als einen Betrieb leiten kann.

7. Nicht jeder Angehörige des Berufszweigs ist jedoch in der Lage, ein Geschäft aufzubauen, da diese Geschäfte nach Artikel 7 Absatz 1 desselben Gesetzes nur von Inhabern eines Augenoptikerdiploms gegründet werden können und ihr Betrieb von der Erteilung der entsprechenden Genehmigung abhängig ist, die, wie es in Artikel 8 Absatz 1 heißt, „persönlich und nicht übertragbar“ ist.

8. Was *juristische Personen* angeht, erlaubt das Gesetz Nr. 2646/98<sup>5</sup> über die Moder-

2 — Amtsblatt der Hellenischen Republik, Serie I, Nr. 233, 1979. Dieses Gesetz regelt nicht nur die Eröffnung und den Betrieb von Optikergeschäften, sondern auch die Bedingungen für die Ausübung des Optikerberufes.

3 — Der die Einrichtung in Apotheken behandelt.

4 — Über die Übertragung des Geschäfts an Familienangehörige.

5 — Amtsblatt der Hellenischen Republik, Serie I, Nr. 236, vom 20. Oktober 1998.

nisierung und die Organisation des Gesundheitssystems, das das Gesetz Nr. 971/79 ergänzt, in Artikel 27 Absatz 4 nur diplomierten Augenoptikern die Gründung einer OHG oder einer KG zum Betrieb eines Optikergeschäfts, sofern der Inhaber der Genehmigung mindestens mit 50 % am Kapital beteiligt ist. Ein solcher Augenoptiker kann höchstens noch an einer anderen Gesellschaft beteiligt sein, die betreffende Genehmigung muss dann aber auf den Namen eines anderen diplomierten Augenoptikers ausgestellt werden.

gliedstaat niedergelassene Muttergesellschaft und deren griechische Tochtergesellschaft) erstattet hatten, denen eine Genehmigung für die Eröffnung eines Geschäfts für optische Artikel aufgrund des Gesetzes Nr. 971/79 verweigert worden war, machte die Kommission die griechischen Behörden mit Schreiben vom 27. Januar 1998 auf die Unvereinbarkeit dieser Regelung mit den Artikeln 52 und 58 EG-Vertrag (jetzt Artikel 43 EG und 48 EG) aufmerksam.

9. Im Gegenerwiderungsschriftsatz hat die griechische Regierung mitgeteilt, dass eine Gesetzesänderung mit dem Ziel im Gange sei, die verschiedenen Gesellschaftsformen in den Kreis der möglichen Inhaber einer Genehmigung einzubeziehen, sofern ihr Kapital sich mehrheitlich in den Händen von diplomierten Augenoptikern befinde.

11. Am 27. April 1998 machte die griechische Regierung geltend, sie sei dabei, eine Gesetzesänderung zu betreiben; nachdem sie das entsprechende Mahnschreiben erhalten hatte, teilte sie am 13. Januar 1999 mit, dass die Änderung durch das Gesetz Nr. 2646/98 durchgeführt worden sei.

In der mündlichen Verhandlung haben die Vertreter des beklagten Staates bekräftigt, dass durch das Gesetz Nr. 3204/2003 ihrer Ansicht nach alle Griechenland zur Last gelegten Vertragsverletzungen abgestellt worden seien.

12. Die Kommission war der Auffassung, dass auch der Inhalt der letztgenannten rechtlichen Regelung nicht dem Gemeinschaftsrecht entspreche, und übermittelte der griechischen Regierung am 3. August 1999 ein zusätzliches Mahnschreiben.

### III — Das Verwaltungsverfahren

10. Nach einer Anzeige, die zwei Aktiengesellschaften (die in einem anderen Mit-

13. Durch das griechische Vorbringen vom 17. Mai 2000 wurde nicht vermieden, dass am 24. Januar 2001 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die griechische Regierung gerichtet wurde, auf die diese am 2. Mai 2001 antwortete.

**IV — Die Anträge der Parteien und das Verfahren vor dem Gerichtshof**

50 % des Kapitals einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft besitzt,

14. Am 27. März 2003 hat die Kommission die vorliegende Klage erhoben und beim Gerichtshof die Feststellung beantragt,

b) dass die Genehmigung dann, wenn der Augenoptiker an — höchstens — einer anderen Körperschaft beteiligt ist, die Eigentümerin eines Optikergeschäfts ist, die Genehmigung einem anderen diplomierten Augenoptiker erteilt wird,

— dass die Hellenische Republik dadurch, dass sie das Gesetz Nr. 971/79, das es einem diplomierten Augenoptiker als natürliche Person nicht erlaubt, mehr als ein Geschäft für optische Artikel zu betreiben, erlassen und aufrechterhalten hat, die Voraussetzungen für die Niederlassung von Augenoptikern als natürliche Personen beschränkt und damit gegen Artikel 43 EG verstößt;

das Niederlassungsrecht von juristischen Personen im Optikersektor dadurch in einer Weise eingeschränkt hat, die unvereinbar mit Artikel 43 EG und mit Artikel 48 EG in Verbindung mit Artikel 43 EG ist, dass sie für Gesellschaften eine andere Regelung vorgeschrieben hat als für natürliche Personen.

— dass die Hellenische Republik dadurch, dass sie das Gesetz Nr. 971/79 und das Gesetz Nr. 2646/98 erlassen hat und aufrechterhält, die die Möglichkeit, dass eine Gesellschaft ein Optikergeschäft eröffnet, von zwei Voraussetzungen abhängig machen:

15. Der beklagte Staat hat die Abweisung der Klage mit der Begründung beantragt, dass die den Gesellschaften auferlegten Beschränkungen auf Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit beruhen.

a) dass die Genehmigung auf den Namen eines diplomierten Augenoptikers erteilt wird, der mindestens

16. Nach der Erwiderung und der Gegen-erwiderung ist das schriftliche Verfahren abgeschlossen worden.

17. Am 23. September 2004 hat auf Antrag der beklagten Regierung die mündliche Verhandlung stattgefunden, an der beide Prozessparteien teilgenommen haben.

auf Gewinnerzielung gerichteten Tätigkeit verbunden ist<sup>7</sup>.

## V — Prüfung der Klage

18. Die Kommission ist der Auffassung, dass die Einschränkungen der griechischen Rechtsvorschriften für die Augenoptiker der Niederlassungsfreiheit in zwei Bereichen zuwiderlaufen: im Bereich der natürlichen Personen, wobei sie gegen Artikel 43 EG verstoßen, und im Bereich der Gesellschaften, wobei sie gegen Artikel 48 EG in Verbindung mit der gerade genannten Vorschrift verstoßen.

### A — Die Niederlassungsfreiheit und ihre Grenzen

19. Die Niederlassungsfreiheit ist untrennbar mit dem politischen Projekt der europäischen Einheit verbunden, die durch die Aufhebung der Schranken erreicht wird, die sich auf die Produktionsmittel auswirken. Nicht umsonst heißt „sich niederlassen, sich in eine nationale Wirtschaft integrieren“<sup>6</sup>, wobei dies immer mit der Ausübung einer

20. Diese natürlichen und juristischen Personen aus jedem Mitgliedstaat zuerkannte Grundfreiheit schließt, vorbehaltlich der vorgesehenen Ausnahmen und Erfordernisse, den Zugang zu Tätigkeiten jeder Art für eigene Rechnung und die Ausübung dieser Tätigkeiten auf dem Gebiet der übrigen Gemeinschaft ein. Sie erstreckt sich auch auf die Gründung und den Betrieb von Unternehmen sowie die Eröffnung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften.

21. Nach der Rechtsprechung handelt es sich um einen sehr weiten Begriff, der die Möglichkeit impliziert, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als des Herkunftsstaats teilzunehmen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Gemeinschaft im Bereich der selbständigen Tätigkeiten gefördert wird<sup>8</sup>.

22. Für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist von besonderer Bedeutung

6 — Schlussanträge des Generalanwalts Darmon in der Rechtssache 81/87, Daily Mail and General Trust PLC, in der das Urteil am 27. September 1988 ergangen ist, Slg. 1988, 5483, Nr. 3.

7 — Fallon, M.: *Droit matériel général des Communautés européennes*, Ed. Bruylant, Paris, 1997, S. 394.

8 — Urteile vom 21. Juni 1974 in der Rechtssache 2/74 (Reyners, Slg. 1974, 631, Randnr. 21), vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 25), vom 9. März 1999 in der Rechtssache C-212/97 (Centros, Slg. 1999, I-1459, Randnr. 34) und vom 4. Juli 2000 in der Rechtssache C-424/97 (Haim, Slg. 2000, I-5123, Randnr. 57).

die Feststellung, dass dieses Recht auch die Möglichkeit einschließt, unter Beachtung der jeweiligen Berufsregelungen mehr als eine Stätte für die Ausübung einer Tätigkeit im Gebiet der Europäischen Union einzurichten und aufrechtzuerhalten<sup>9</sup>. Diese Berufsregelungen dürfen ihrerseits nicht weiter gehen als die durch die Gemeinschaftsrechtsordnung aufgestellten Voraussetzungen.

23. Der Gerichtshof hat in diesem Sinne zugelassen, dass sowohl der Zugang zu bestimmten Tätigkeiten als auch deren Ausübung gelegentlich von der Beachtung bestimmter Rechts- oder Verwaltungsvorschriften abhängig gemacht werden, sofern vier Voraussetzungen erfüllt sind:

— sie müssen ohne Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit angewendet werden,

— sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein,

— sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und

9 — U. a. Urteile vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 107/83 (Klopp, Slg. 1984, 2971, Randnr. 19), vom 7. Juli 1988 in der Rechtssache 143/87 (Stanton, Slg. 1988, 3877, Randnr. 11), in den verbundenen Rechtssachen 154/87 und 155/87 (Wolf, Slg. 1988, 3897, Randnr. 11) und vom 20. Mai 1992 in der Rechtssache C-106/91 (Ramrath, Slg. 1992, I-3351, Randnr. 20).

— sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist<sup>10</sup>.

24. Die Prüfung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, stellt den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens nicht nur in Bezug auf natürliche Personen, sondern auch in Bezug auf juristische Personen dar, wobei auch die unterschiedliche Behandlung angesprochen wird, die die griechischen Rechtsvorschriften den einen und den anderen widmen. Auf jeden Fall ist die Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs des Grundsatzes der Freizügigkeit zu berücksichtigen, die im Laufe der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts eingetreten ist<sup>11</sup>.

*B — Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen*

25. Artikel 6 Absatz 6 des Gesetzes Nr. 971/79 verbietet Augenoptikern jeder

10 — Urteil vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92 (Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 32) und Urteil Gebhard, zitiert in Fußnote 8, Randnr. 37.

11 — Lirola Delgado, I., *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, S. 61, vertritt die Auffassung, dass der Grundsatz der Freizügigkeit beim Fortschreiten des Prozesses der europäischen Integration, das sowohl auf dessen Eigendynamik als auch auf die Entwicklung der politischen Dimension dieses Prozesses zurückzuführen ist, eine Erweiterung seines Inhalts durch die Einbeziehung neuer Tatbestände in den persönlichen Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts erfahren hat. Diese Erweiterung erfolgte in einem langsamen Prozess, der voll von Schwierigkeiten und — gelegentlich — von Widersprüchen war und in dem der Ausgangspunkt bei der extensiven Auslegung des potenziellen Inhalts liegt, der im Rahmen der wirtschaftlichen Freiheiten zu implizieren ist.

Staatsangehörigkeit, Inhaber von mehr als einem Geschäft der Branche zu sein. Er ist also ohne Diskriminierung anwendbar, da er griechische Staatsangehörige und Bürger anderer Mitgliedstaaten in gleicher Weise behandelt.

26. Die beklagte Regierung selbst räumt ein, dass diese Beschränkung eine Schmälerung der gemeinschaftsrechtlichen Freiheit nach sich zieht, rechtfertigt diese Beschränkung aber mit Gründen der öffentlichen Gesundheit.

27. Als solche Gründe führte die griechische Regierung im vorprozessualen Stadium die Notwendigkeit an, eine ausgeglichene geografische Verteilung der Optikergeschäfte zu gewährleisten. Wie die Kommission in ihrer Klageschrift unterstreicht, ist die Regel „ein Fachmann pro Betrieb“<sup>12</sup> als solche jedoch nicht geeignet, um das geltend gemachte Ziel zu erreichen, da nichts die Inhaber eines Diploms daran hindert, sich der Niederlassung in den abgelegensten oder weniger rentablen Orten oder Regionen zu entziehen.

Auf jeden Fall hat der beklagte Staat diese Argumentation vor dem Gerichtshof nicht wieder aufgenommen, weshalb davon auszugehen ist, dass er darauf verzichtet, sie geltend zu machen.

28. Im Übrigen ist sicher, dass die öffentliche Gesundheit in ihrer Gesamtheit gesehen einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses für die Rechtfertigung nationaler Maßnahmen darstellt, die die freie Niederlassung behindern oder weniger attraktiv machen. Der Gerichtshof hat an diesen in Artikel 3 Buchstabe o EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe p EG) unterstrichenen Umstand erinnert, wenn er darauf hinweist, dass die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Maßgabe des Vertrages und der darin vorgesehenen Zeitfolge einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Gesundheitsniveaus umfasst<sup>13</sup>.

29. Nach Ansicht der beklagten Regierung soll die streitige rechtliche Regelung das persönliche Vertrauensverhältnis im Bereich des Handels mit Optikartikeln erhalten sowie die absolute Verantwortlichkeit des diplomierten Fachmanns, der seinerseits Inhaber des Geschäfts ist, gewährleisten.

Sie macht darüber hinaus geltend, dass „nur der Augenoptiker, ein spezialisierter Fachmann, der unmittelbar am Betrieb seines Geschäfts beteiligt ist, ohne körperliche und geistige Anstrengungen auf die Führung verschiedener Zweigniederlassungen zu verwenden, das angestrebte Ergebnis garantieren kann“.

12 — Die an den im deutschen Recht bekannten Sinnspruch „Apotheker in seiner Apotheke“ erinnert und die ähnliche Wirkungen wie die von der hier betroffenen griechischen Regelung erzeugten in Bezug auf den Arzneimittelhandel in der Zeit vor der Konsolidierung der Rechtsprechung im Urteil Gebhard entfaltet (siehe dazu: Friauf, K. H., *Das apothekenrechtliche Verbot des Fremd- und Mehrbesitzes*, Verlag C. F. Müller, Heidelberg, 1992, S. 7.

13 — Urteil vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C-108/96 (Mac Quen u. a., Slg. 2001, I-837, Randnrn. 28 und 29), wenn auch die Hauptverantwortung — darauf hat Generalanwalt Mischo in seinen Schlussanträgen in jener Rechtssache hingewiesen — die Mitgliedstaaten trifft.

30. Es ist zu billigen, dass ein Mitgliedstaat als zwingenden Grund des Allgemeininteresses die Notwendigkeit ansieht, dass die in einem Optikergeschäft angebotenen Erzeugnisse und Dienstleistungen unter der Aufsicht eines in dieser Fachrichtung Diplomierten stehen. Der Gerichtshof hat ähnliche Auffassungen in Bezug auf Angehörige anderer Heilberufe bejaht<sup>14</sup>.

31. Um aber eine Unvereinbarkeit der Beschränkung mit dem Gemeinschaftsrecht zu vermeiden, muss diese zur Erreichung dieses Ziels geeignet und, gemessen an dem Rechtsgut, dessen Schutz angestrebt wird, verhältnismäßig sein.

32. Die Eignung der streitigen Maßnahme ist nicht offenkundig. Die beklagte Regierung beschränkt sich darauf, Artikel 6 des Gesetzes Nr. 971/79 sowie die Rechtsprechung zu zitieren, in der diese Vorschrift ausgelegt wird und nach der der Verkauf von Brillen und anderen Linsen zur Korrektur von Refraktionsanomalien in Geschäften zu erfolgen haben, die von diplomiertem Personal *geleitet* oder *geführt* werden<sup>15</sup>, ohne diesem irgendeine Verpflichtung in Bezug auf Anwesenheit oder Kundenbedienung aufzuerlegen.

33. Im vorliegenden Fall ist aber die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit nicht erfüllt, da es Maßnahmen gibt, die weniger einschränkend sind und das Gemeinschaftsrecht stärker beachten als die in Griechenland eingeführten.

34. In den Geschäften gibt es zwei Bereiche von Beziehungen, einen internen und einen externen. Der erste umfasst das Eigentum — das z. B. die Räumlichkeit oder die Niederlassung, in der sich das Geschäft befindet, die Kundenkartei, die Waren oder den Handelsnamen einschließen würde —, die arbeitsrechtlichen Beziehungen mit den Beschäftigten und — von besonderer Bedeutung für das Problem, das der vorliegende Fall aufweist — die Inhaberschaft — die nicht mit dem Eigentum, mit dem sie über eine Vielzahl von Rechtsformen verbunden ist, zusammenfällt — sowie die Verwaltung und die Geschäftsführung.

Der zweite Bereich umfasst die Beziehungen mit Dritten, insbesondere mit den Lieferanten und, was hier von Interesse ist, mit den Käufern, Kunden oder — wenn man dies vorzieht — Patienten.

35. In der griechischen Regelung fließen die Konturen dieser beiden Bereiche ineinander. Im Bereich der internen Beziehungen verbietet diese Regelung die Einrichtung von mehr als einem Optikergeschäft durch einen

14 — Siehe in Bezug auf Ärzte und Zahnärzte das Urteil vom 16. Juni 1992 in der Rechtssache C-351/90 (Kommission/Luxemburg, Slg. 1992, I-3945).

15 — Unter Paraphrasierung der Randnr. 13 des Urteils vom 25. Mai 1993 in der Rechtssache C-271/92 (Laboratoire de prothèses oculaires [LPO], Slg. 1993, I-2899).

diplomierten Augenoptiker, wobei sie diese Maßnahme mit externen Erwägungen rechtfertigt, und zwar grundlegend mit dem besonderen persönlichen Vertrauensverhältnis zu dem Kunden und der unbeschränkten Haftung des Augenoptikers.

36. Würde die Regelung die beiden Bereiche voneinander trennen, so hätte diese weniger schwerwiegende Folgen für die gemeinschaftsrechtliche Freiheit, da die Eröffnung von mehreren Geschäften nicht dem Erfordernis zuwiderlaufen würde, dass der Verkauf und die Bedienung des Publikums durch diplomierte Augenoptiker erfolgen müssen.

37. Darüber hinaus verlangt der Gerichtshof, was den Umgang mit einer einzelnen Person angeht, nicht, dass der Fachmann sich ununterbrochen in der Nähe des Patienten oder des Kunden aufhält<sup>16</sup>, wobei er ausdrücklich den Arzt für Allgemeinmedizin, den Zahnarzt, den Tierarzt oder auch den Facharzt nennt, weshalb keine Schwierigkeit dabei zu erkennen ist, diese Rechtsprechung auf Augenoptiker auszudehnen.

38. Der Ersatz von Schäden, auf den sich die beklagte Regierung beruft, um die Rechtmäßigkeit der Beschränkung zu belegen, ließe sich durch den Rückgriff auf bestimmte rechtliche Instrumente für die vollständige Wiedergutmachung der Schäden bewirken, wie z. B. die unmittelbare oder subsidiäre

Haftung des Arbeitgebers für die von den Arbeitnehmern verursachten Schäden oder die Verpflichtung zum Abschluss eines Versicherungsvertrags.

39. Es ist darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Verfahren die Anerkennung von Diplomen oder die Tätigkeiten der Augenoptiker nicht zur Debatte stehen<sup>17</sup>, weshalb man sich nicht auf das Urteil LPO<sup>18</sup> berufen kann, das der griechische Staat angeführt hat.

In der genannten Rechtssache, deren Anlass ein Rechtsstreit zwischen einer Firma, die Kontaktlinsen, intraokulare Implantate und damit zusammenhängende Artikel vertrieb, und mehreren Berufsorganisationen für Augenoptiker war, ging es nämlich darum, ob eine nationale Regelung, die den Verkauf von Optikerzeugnissen Wirtschaftsteilnehmern vorbehält, die Inhaber eines Fachdiploms sind, mit dem freien Warenverkehr vereinbar ist.

Der Gerichtshof hat entschieden, dass diese rechtliche Regelung von dem legitimen Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit ausgehe und dass ihre Anwendung nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehe. Er hat also angenommen, dass nationale Rechtsvorschriften, die den Verkauf von Kontaktlinsen und anderen damit zusammenhängenden Erzeugnissen in Geschäften vorschreiben, die von Personen geleitet oder

16 — Urteil vom 16. Juni 1992, Kommission/Luxemburg, zitiert in Fußnote 14, Randnr. 22, in der auf das Urteil vom 30. April 1986 in der Rechtssache 96/85 (Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 1475, Randnr. 13) verwiesen wird.

17 — Obwohl, wie Generalanwalt Mischo in Nr. 35 der Schlussanträge in der Rechtssache Mac Quen u. a. (siehe Fußnote 13) ausgeführt hat, die Tätigkeit des Optikers nicht Gegenstand einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung ist.

18 — Zitiert in Fußnote 15.

geführt werden, die die Voraussetzungen für die Ausübung des Berufs des Augenoptikers erfüllen, aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt sei.

40. In dem Urteil ist jedoch nicht über die Notwendigkeit entschieden worden, dass der diplomierte Fachmann auch wirtschaftlicher Inhaber des Unternehmens ist, und noch weniger über die Zahl der Geschäfte, die er leiten könnte. Aufgrund dieser Umstände trägt dieser Präzedenzfall in der Rechtsprechung nichts zur Klärung der vorliegenden Streitigkeit bei, außer dass er den besonderen Charakter des Optikergeschäfts bestätigt<sup>19</sup>.

41. Auf jeden Fall scheint die in Randnummer 13 des Urteils LPO verwendete Formulierung überhaupt nicht glücklich zu sein: Worauf es beim Schutz der öffentlichen Gesundheit ankommen muss, ist nicht so sehr, dass das Geschäft von Augenoptikern geleitet oder geführt wird — Tätigkeiten, die im Wesentlichen einen kaufmännischen, administrativen oder buchhalterischen Charakter haben — als vielmehr, dass der Kunde, wenn der Kauf eines Optikerartikels ansteht, von qualifiziertem Personal bedient wird. Diese Ungenauigkeit wirkt sich jedoch in keiner Weise auf die vorliegende Rechtsache aus.

19 — Der Gerichtshof hat bejaht, dass der Verkauf von Kontaktlinsen, auch wenn deren Verschreibung in die Zuständigkeit des Augenarztes fällt, nicht als eine Handelstätigkeit wie jede andere angesehen werden kann, da der Verkäufer in der Lage sein muss, den Benutzern Informationen zum Gebrauch der Kontaktlinsen und zu deren Pflege zu geben (Randnr. 11).

42. Ebenso wenig von Nutzen ist schließlich das Urteil Mac Quen u. a.<sup>20</sup>, das ebenfalls in der Klagebeantwortung angeführt wird und in dem die Frage der Qualifikation für die Durchführung bestimmter objektiver Prüfungen des Sehvermögens behandelt wurde. Es wurde geklärt, ob eine rechtliche Regelung, die die Befugnis, diese Untersuchungen durchzuführen, zum Nachteil der diplomierten Augenoptiker Augenärzten vorbehält, gegen die durch den Vertrag garantierten Freiheiten verstößt.

Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass die Regelung trotz des Fehlens einer gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung auf dem streitigen Gebiet und der daraus folgenden Zuständigkeit der Mitgliedstaaten nur unter Beachtung der Grundfreiheiten des Vertrages erfolgen dürfe<sup>21</sup>.

Im konkreten Fall sind die besonderen Qualifikationsanforderungen des nationalen Rechts als aus den geltend gemachten Gründen der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt angesehen worden.

Man wollte nämlich Erfordernisse für die Behandlung von Patienten beurteilen, die zu dieser externen Sphäre gehören, die ich

20 — Zitiert in Fußnote 13 dieser Schlussanträge.

21 — Mit Verweisung auf die Urteile vom 29. Oktober 1998 in den verbundenen Rechtssachen C-193/97 und C-194/97 (De Castro Freitas und Escallier, Slg. 1998, I-6747, Randnr. 23) und vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-58/98 (Corsten, Slg. 2000, I-7919, Randnr. 31).

vorher angesprochen habe, während es in der jetzt anhängigen Streitigkeit um die Genehmigung für die Eröffnung eines Optikergeschäfts im Sinne eines unternehmerischen Vorhabens geht.

43. Aus den vorstehenden Darlegungen folgere ich, dass die durch die griechischen Rechtsvorschriften eingeführte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die darin besteht, dass jeder Augenoptiker nur ein Geschäft führen darf, gegen Artikel 43 EG verstößt.

*C — Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften*

44. Was juristische Personen angeht, habe ich bereits darauf hingewiesen, dass das Gesetz Nr. 2646/98 die freie Einrichtung von Geschäften einschränkt, wenn es nur Augenoptikern erlaubt, für den Betrieb der Geschäfte Gesellschaften in der Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft zu gründen, und verlangt, dass der diplomierte Augenoptiker mehr als 50 % des Kapitals hält und dass dann, wenn er sich an — höchstens — einer anderen Gesellschaft beteiligt, die Genehmigung zugunsten eines anderen diplomierten Augenoptikers erteilt wird.

45. Diese Voraussetzungen unterscheiden sich von den für natürliche Personen vorgeschriebenen, weshalb die Kommission dieses Umstands wegen die Feststellung beantragt, dass ein Verstoß gegen die in Artikel 48 EG niedergelegte Verpflichtung zur Gleichstellung vorliegt.

46. Dieser Antrag vereinfacht die Sache etwas zu sehr, weshalb drei Anmerkungen zu machen sind.

47. Erstens haben natürliche und juristische Personen ihrer Natur nach grundlegend unterschiedliche Rechtsstellungen, so dass jede — im Allgemeinen immer unvollständige — Gleichstellung diesen Wesensunterschied widerspiegeln muss. Artikel 48 EG bedarf daher einer teleologischen Auslegung: Nach dem Vertrag sollen juristische Personen in gleichem Maße Niederlassungsfreiheit genießen wie natürliche.

48. Meine zweite Anmerkung hat mit dem potenziellen Charakter — wie ich gerade unterstrichen habe — des Anknüpfungspunkts für die Gleichstellung zu tun. Die Verpflichtung zur gleichwertigen Behandlung wird nicht in beschränkter Form auferlegt, wenn keine Rechtsverletzung vorliegen soll, sondern um den Gesellschaften das Bestreben zuzuerkennen, in den Genuss eines Rechtes von zumindest ähnlicher Tragweite zu kommen. Daraus ist zu folgern, dass ein Mitgliedstaat, der — während er die freie Niederlassung von juristischen Personen erlaubt — die freie Niederlassung natürlicher Personen verbietet oder in nicht gerechtfertigter Weise beschränkt, nicht

gegen Artikel 48 EG verstößt. Aus demselben Grund ist es nicht statthaft, dass der Bezugspunkt der Gleichstellung aus einer Regelung besteht, die als solche gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt.

dem beklagten Staat angekündigte Gesetzesreform die Genehmigungen unter der Voraussetzung auf Aktiengesellschaften ausdehnt, dass ein diplomierter Augenoptiker die absolute Aktienmehrheit hält.

49. Drittens bestehen erhebliche Schwierigkeiten dabei, die Stellungnahme der Kommission dazu zu akzeptieren, wie die von dem beklagten Staat für die Gesellschaften erlassene Regelung zu qualifizieren ist. Zwar unterscheidet sie sich, was die in ihr vorgesehenen Modalitäten angeht, von der auf natürliche Personen angewandten, beide umfassen aber das operative Prinzip „ein Fachoptiker für jeden Betrieb“, in dem einen Fall durch das direkte Erfordernis, in dem anderen auf dem Weg über den Mechanismus der Festlegung der zwingend vorgeschriebenen Mehrheitsbeteiligung.

52. Somit passen die streitigen Maßnahmen, auch wenn sie nicht diskriminierend sind und die öffentliche Gesundheit schützen sollen, nicht in angemessener Form zu dem Zweck, der mit ihnen erreicht werden soll. Es gibt andere Maßnahmen, bei denen die Niederlassungsfreiheit stärker berücksichtigt wird. Wie ich ausgeführt habe<sup>22</sup>, wird durch eine Unterscheidung zwischen Eigentum, Inhaberschaft und interner Verwaltung des Geschäfts zum einen und dem Umgang mit den Kunden zum anderen eine dem Gemeinschaftsrecht stärker angepasste Lösung erreicht, wenn man die Kontakte zwischen demjenigen, der verkauft, und dem Käufer oder die Haftung für Schäden berücksichtigt.

50. Da die rechtliche Regelung über natürliche Personen, die, wie ich bereits ausgeführt habe, gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, der Regelung für juristische Personen ähnelt, scheint auch die Letztgenannte die Erfordernisse des europäischen Rechts nicht zu erfüllen.

53. In diesem Sinne ist das Urteil vom 16. Juni 1992, Kommission/Luxemburg, auszulegen<sup>23</sup>. Die beklagte Regierung hatte die Regel verteidigt, dass nur eine Praxis zulässig ist, zu der die griechische rechtliche Regelung über die Beteiligungsstruktur der Optikergeschäfte letztlich führt, und hatte geltend gemacht, dass der Vertrag mit dem Arzt ein Vertrag *intuitu personae* sei und zur Sicherung einer ununterbrochenen ärztlichen Versorgung die ständige Anwesenheit des Arztes in seiner Praxis oder an seinem Beschäftigungsort verlange.

51. Die Logik der griechischen rechtlichen Regelung über die Eröffnung dieser Art von Geschäften, die sich auf die besonderen Beziehungen des Fachmanns zum Kunden und die Verantwortung, die er trägt, stützt, erklärt, dass nur Formen der Personalgesellschaft zugelassen werden und dass die von

22 — Siehe Nrn. 34 bis 38 dieser Schlussanträge.

23 — Zitiert in Fußnote 14 dieser Schlussanträge.

Der Gerichtshof hat angenommen, dass diese ununterbrochene Versorgung mit weniger einschränkenden Mitteln sichergestellt werden könne, wie dadurch, dass eine Mindestanwesenheitszeit des Arztes vorgeschrieben oder die Möglichkeit einer Vertretung vorgesehen werde. Die nationale Rechtsvorschrift war daher zu absolut und zu allgemein, als dass sie als aus Gründen der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt angesehen werden konnte<sup>24</sup>.

54. Auch wenn die Hellenische Republik ihre Rechtsvorschriften zweimal geändert hat, um sie dem Gemeinschaftsrecht anzupassen, ist in der Rechtsprechung schließlich festgestellt worden, dass das Vorliegen einer Vertragsverletzung anhand der Situation zu beurteilen ist, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der Frist, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme festgesetzt wurde, befand. Später eingetretene Veränderungen können vom Gerichtshof nicht berücksichtigt werden<sup>25</sup>. Da ein Interesse daran besteht, die Situation in diesem Zeitpunkt zu beurteilen, um z. B. die Grundlage für die eventuelle Haftung eines Mitgliedstaats in Bezug auf die durch die Vertragsverletzung betroffenen Ansprüche zu schaffen<sup>26</sup>.

55. Im Übrigen ist nur zur Veranschaulichung hinzuzufügen, dass bei der kürzlich geänderten Regelung<sup>27</sup> die Fehler der Ver-

gangenheit wiederholt zu werden scheinen, wenn von den Gesellschaften als Voraussetzung für die Erteilung einer Genehmigung für die Eröffnung eines Optikergeschäfts verlangt wird, dass an ihnen mehrheitlich Inhaber von Diplomen in dieser Fachrichtung beteiligt sind. Erneut werden die beiden Bereiche vermischt, von denen ich gesprochen habe — Inhaberschaft in Bezug auf das Unternehmen zum einen und Natur der Dritten angebotenen Dienstleistungen zum anderen —, und zwar zum Nachteil einer im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheit.

56. Infolgedessen hat die Hellenische Republik dadurch gegen Artikel 48 EG verstoßen, dass sie die Eröffnung eines Optikergeschäfts von der Erteilung einer Genehmigung abhängig macht, die einem diplomierten Augenoptiker erteilt worden ist, der mindestens 50 % des Kapitals einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft hält, und darüber hinaus vorschreibt, dass dann, wenn der Augenoptiker an — höchstens — einer anderen Gesellschaft beteiligt ist, die Genehmigung für diese Gesellschaft auf den Namen eines anderen Diplomhabers ausgestellt wird.

## VI — Kosten

57. Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da der Klage der Kommission stattzugeben ist und diese beantragt hat, die Verfahrenskosten der Hellenischen Republik aufzuerlegen, ist dieser Staat zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

24 — Ebenda, Randnrn. 22 und 23.

25 — Urteile vom 30. Januar 2002 in der Rechtssache C-103/00 (Kommission/Griechenland, Slg. 2002, I-1147, Randnr. 23), vom 29. Januar 2004 in der Rechtssache C-209/02 (Kommission/Österreich, Slg. 2004, I-1211, Randnr. 16) und vom 14. September 2004 in der Rechtssache C-168/03 (Kommission/Spanien, Slg. 2004, I-8227, Randnr. 24).

26 — Urteile vom 17. Juni 1987 in der Rechtssache 154/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 2717, Randnr. 6) und vom 20. Juni 2002 in der Rechtssache C-299/01 (Kommission/Luxemburg, Slg. 2002, I-5899, Randnr. 11).

27 — Siehe Nr. 9 dieser Schlussanträge.

## VII — Ergebnis

58. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. festzustellen, dass die Hellenische Republik

- dadurch die Niederlassungsfreiheit beschränkt und gegen Artikel 43 EG verstößt, dass sie das Gesetz Nr. 971/79 aufrechterhält, das es verbietet, dass ein diplomierter Augenoptiker mehr als ein Optikergeschäft betreibt, und
- dadurch gegen Artikel 48 EG verstößt, dass sie das Gesetz Nr. 971/79 und das Gesetz Nr. 2646/98 erlassen hat und aufrechterhält, die die Einrichtung eines Optikergeschäfts von der Erteilung einer Genehmigung an einen diplomierten Augenoptiker abhängig machen, der mindestens 50 % des Kapitals einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft besitzt, und darüber hinaus vorschreiben, dass dann, wenn der Augenoptiker an — höchstens — einer anderen Gesellschaft beteiligt ist, die Genehmigung für diese Gesellschaft auf den Namen eines anderen diplomierten Augenoptikers ausgestellt wird;

2. der Hellenischen Republik die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.