

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

YVES BOT

vom 16. Dezember 2008¹

1. Mit den hier zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen möchte das Verwaltungsgericht des Saarlandes (Deutschland) wissen, ob die Art. 43 EG und 48 EG dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der nur Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben dürfen.

2. Nach den deutschen Rechtsvorschriften bedarf jeder, der eine Apotheke betreiben will, der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Voraussetzung hierfür ist u. a., dass der Antragsteller die Approbation als Apotheker besitzt und die Apotheke in eigener Verantwortung persönlich leitet.

3. Die beiden vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen sind im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten zwischen der Apothekerkammer des Saarlandes², M. Schneider,

M. Holzapfel, F. Trennheuser³ und dem Deutschen Apothekerverband e. V.⁴ (Rechtssache C-171/07) bzw. H. Neumann-Seiwert (Rechtssache C-172/07) auf der einen Seite (im Folgenden: Kläger der Ausgangsverfahren) und dem Saarland, vertreten durch das Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (im Folgenden: Ministerium), auf der anderen Seite ergangen. Diese Rechtsstreitigkeiten betreffen einen Antrag auf Nichtigerklärung eines Bescheids des Ministeriums, mit dem einer Aktiengesellschaft, der DocMorris NV (im Folgenden: DocMorris), die Erlaubnis zum Betrieb einer Filialapotheke in Saarbrücken (Deutschland) erteilt worden ist.

4. Nachstehend wird dargelegt, weshalb die Art. 43 EG und 48 EG dahin auszulegen sind, dass sie der Entscheidung eines Mitgliedstaats, den Besitz und den Betrieb einer Apotheke nur Apothekern vorzubehalten, nicht entgegenstehen⁵.

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Diese Fußnote betrifft nicht die deutsche Fassung.

3 — Alle drei sind Apotheker.

4 — Diese Fußnote betrifft nicht die deutsche Fassung.

5 — Um die gleiche Problematik geht es auch in der beim Gerichtshof anhängigen Rechtssache Kommission/Italien (C-531/06), in der ich ebenfalls Schlussanträge stelle.

I — Rechtlicher Rahmen

A — Gemeinschaftsrecht

5. Art. 43 Abs. 1 EG verbietet Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats. Nach Art. 43 Abs. 2 EG umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen.

6. Nach Art. 48 Abs. 1 EG kommen die in Art. 43 EG verliehenen Rechte auch nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften zugute, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben.

7. Nach Art. 46 Abs. 1 EG steht Art. 43 EG Beschränkungen, die aus Gründen der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt sind, nicht entgegen.

8. Nach Art. 47 Abs. 3 EG setzt die schrittweise Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit für die ärztlichen, arzt-

ähnlichen und pharmazeutischen Berufe die Koordinierung der Bedingungen für die Ausübung dieser Berufe in den einzelnen Mitgliedstaaten voraus. Der Rat der Europäischen Union und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften haben jedoch anerkannt, dass die unmittelbare Wirkung der Art. 43 EG und 49 EG, die in den Urteilen *Reyners*⁶ und *van Binsbergen*⁷ für die Zeit ab 1. Januar 1970, d. h. ab dem Ende der Übergangszeit, festgestellt worden ist, auch für die Berufe des Gesundheitswesens gilt⁸.

9. Die ärztlichen, arztähnlichen und pharmazeutischen Tätigkeiten waren ferner Gegenstand von Koordinierungsrichtlinien. Für den pharmazeutischen Bereich handelt es sich hierbei zum einen um die Richtlinie 85/432/EWG des Rates vom 16. September 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über bestimmte pharmazeutische Tätigkeiten⁹ und zum anderen um die Richtlinie 85/433/EWG des Rates vom 16. September 1985 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Apothekers und über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts für bestimmte pharmazeutische Tätigkeiten¹⁰.

6 — Urteil vom 21. Juni 1974 (2/74, Slg. 1974, 631).

7 — Urteil vom 3. Dezember 1974 (33/74, Slg. 1974, 1299).

8 — So wird im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 75/362/EWG des Rates vom 16. Juni 1975 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Arztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr (ABl. L 167, S. 1) ausgeführt, dass aufgrund des EWG-Vertrags seit Ablauf der Übergangszeit jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung bei der Niederlassung und im Dienstleistungsverkehr untersagt ist.

9 — ABl. L 253, S. 34.

10 — ABl. L 253, S. 37.

10. Diese beiden Richtlinien wurden durch die Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen¹¹ aufgehoben und ersetzt. Im 26. Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/36 heißt es:

„Diese Richtlinie gewährleistet nicht die Koordinierung aller Bedingungen für die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeiten des Apothekers. Insbesondere sollten die geografische Verteilung der Apotheken und das Abgabemonopol für Arzneimittel weiterhin in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. Diese Richtlinie berührt keine Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die Gesellschaften die Ausübung bestimmter Tätigkeiten des Apothekers verbieten oder ihnen für die Ausübung solcher Tätigkeiten bestimmte Auflagen machen.“

11. Schließlich ist auf Art. 152 Abs. 5 EG hinzuweisen, in dem es heißt:

„Bei der Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang gewahrt. ...“

B — Nationales Recht

12. § 1 des deutschen Gesetzes über das Apothekenwesen (Apothekengesetz)¹², zuletzt geändert durch Verordnung vom 31. Oktober 2006¹³ (im Folgenden: ApoG), lautet:

„(1) Den Apotheken obliegt die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung.

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

(3) Die Erlaubnis gilt nur für den Apotheker, dem sie erteilt ist, und für die in der Erlaubnisurkunde bezeichneten Räume.“

11 — ABl. L 255, S. 22.

12 — BGBl. 1980 I S. 1993.

13 — BGBl. 2006 I S. 2407.

13. § 2 ApoG bestimmt:

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

1. Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes, Angehöriger eines der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder eines Vertragsstaates, dem Deutschland und die Europäische Union vertraglich einen entsprechenden Rechtsanspruch eingeräumt haben, oder heimatloser Ausländer im Sinne des Gesetzes über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer ist;

2. voll geschäftsfähig ist;

3. die deutsche Approbation als Apotheker besitzt;

4. die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besitzt;

...

7. nicht in gesundheitlicher Hinsicht ungeeignet ist, eine Apotheke ordnungsgemäß zu leiten;

...“

14. § 7 Abs. 1 ApoG schreibt vor:

„Die Erlaubnis verpflichtet zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung.“

15. § 8 Abs. 1 ApoG schließlich bestimmt, in welcher Form mehrere Personen zusammen eine Apotheke betreiben können. Hierbei wird die alleinige Kapitalbeteiligung ausgeschlossen und jede Rechtsform untersagt, die es einem Dritten, der nicht Erlaubnisinhaber ist, erlaubt, eine Apotheke zu betreiben oder am Gewinn aus dem Betrieb derselben beteiligt zu werden. Die genannte Bestimmung lautet:

„Mehrere Personen zusammen können eine Apotheke nur in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft betreiben; in diesen Fällen bedürfen alle Gesellschafter der Erlaubnis. Beteiligungen an einer Apotheke in

Form einer Stillen Gesellschaft und Vereinbarungen, bei denen die Vergütung für dem Erlaubnisinhaber gewährte Darlehen oder sonst überlassene Vermögenswerte am Umsatz oder am Gewinn der Apotheke ausgerichtet ist, insbesondere auch am Umsatz oder Gewinn ausgerichtete Mietverträge sind unzulässig. ...“

II — Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

16. DocMorris ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in den Niederlanden, die ein Versandunternehmen für Arzneimittel betreibt. Mit Bescheid vom 29. Juni 2006 erteilte ihr das Ministerium mit Wirkung vom 1. Juli 2006 die Erlaubnis zum Betrieb einer Filialapotheke in Saarbrücken mit der Maßgabe, einen Apotheker für die persönliche Leitung der betreffenden Apotheke in eigener Verantwortung einzustellen. Mit Bescheid vom 28. Juni 2006 erteilte das Ministerium DocMorris mit Wirkung vom 1. Juli 2006 für diese Apotheke in Saarbrücken die Erlaubnis zum Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel. Mit einem weiteren Bescheid, vom 7. August 2006, ordnete das Ministerium die sofortige Vollziehung der unter dem 29. Juni 2006 erteilten Erlaubnis zum Betrieb einer Filialapotheke an.

17. Am 2. August 2006 und am 18. August 2006 erhoben die Kläger der Ausgangsverfahren beim Verwaltungsgericht des Saarlandes Klage gegen die am 29. Juni 2006 erteilte Erlaubnis.

18. Zur Begründung brachten die Kläger der Ausgangsverfahren vor, dass dieser Bescheid gegen das Apothekergesetz verstoße, da er das „Fremdbesitzverbot“ verletze, d. h. die Regelung, dass nur Apotheker eine Apotheke betreiben dürften, wie sie sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit §§ 7 und 8 ApoG ergebe. Es falle nicht in die Zuständigkeit des Ministeriums, zu beurteilen, ob deutsches Recht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei; dies sei gemäß Art. 234 EG Aufgabe des Gerichtshofs.

19. Das Ministerium und DocMorris trugen vor, das sich aus den deutschen Rechtsvorschriften ergebende Fremdbesitzverbot verstoße gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG, da einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen und in Form einer Kapitalgesellschaft betriebenen Apotheke der Zugang zum deutschen Apothekenmarkt verwehrt werde. Diese Beschränkung sei zur Verwirklichung des Gesundheitsschutzes nicht erforderlich. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts und des gemeinschaftlichen Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit bestehe nicht nur für die nationalen Gerichte, sondern auch für die nationalen Behörden die Pflicht, gemeinschaftsrechtswidriges nationales Recht außer Anwendung zu lassen.

20. Unter diesen Umständen hat das Verwaltungsgericht des Saarlandes beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

III — Prüfung der Fragen

A — Zur ersten Vorlagefrage

1. Sind die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften (Art. 43 EG, 48 EG) so auszulegen, dass sie einem Fremdbesitzverbot für Apotheken, wie es in § 2 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 und 7, § 7 Satz 1 und § 8 Satz 1 ApoG geregelt ist, entgegenstehen?

2. Für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird:

Ist eine nationale Behörde aufgrund des Gemeinschaftsrechts, insbesondere im Hinblick auf Art. 10 EG und den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, berechtigt und verpflichtet, die von ihr für gemeinschaftsrechtswidrig erachteten nationalen Vorschriften nicht anzuwenden, auch wenn es sich nicht um einen evidenten Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht handelt und eine Unvereinbarkeit der betreffenden Vorschriften gegen das Gemeinschaftsrecht vom Gerichtshof nicht festgestellt worden ist?

21. Mit der ersten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Art. 43 EG und 48 EG dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der nur Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben dürfen.

22. Diese Frage teilt die Beteiligten in zwei völlig entgegengesetzte Lager. Auf der einen Seite sind die Kläger der Ausgangsverfahren sowie die deutsche, die griechische, die französische, die italienische, die österreichische und die finnische Regierung der Auffassung, dass eine derartige nationale Regelung, sofern sie zu einer Beschränkung der in Art. 43 EG geschützten Niederlassungsfreiheit führen kann, durch den angestrebten Schutz der Gesundheit gerechtfertigt sei. Auf der anderen Seite machen das Saarland, DocMorris, die polnische Regierung sowie die Kommission geltend, dass die Niederlassungsfreiheit dieser Regelung entgegenstehe, die Berufsfremden den Besitz einer Apotheke verbiete, da diese Regelung weder geeignet sei, das Ziel des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung zu erreichen, noch zu diesem Zweck erforderlich sei. Da die wichtigsten Argumente zur Stützung dieser beiden Auffassungen im Wesentlichen mit den Argumenten übereinstimmen, die in der vorgenannten Rechtssache Kommission/Italien vorgetragen wurden und in meinen

Schlussanträgen zu dieser Rechtssache enthalten sind, halte ich es gegenwärtig nicht für erforderlich, die dem Gerichtshof unterbreiteten Standpunkte im Einzelnen wiederzugeben.

23. Vor der Prüfung, ob die Regelung, nach der nur approbierte Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben dürfen, den Art. 43 EG und 48 EG entspricht, möchte ich einige Vorbemerkungen über die Art der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten bzw. der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung machen.

1. Vorbemerkungen zur Natur der jeweiligen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung

24. Mit Art. 152 EG ist der Gemeinschaft keine volle Zuständigkeit im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung übertragen worden. Diese Zuständigkeit bleibt daher zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten geteilt.

25. Die Modalitäten dieser Zuständigkeitsenteilung, wie sie sich aus dem Wortlaut des Art. 152 EG ergeben, lassen eine gemeinsame

Zuständigkeit mit nationaler Dominanz erkennen¹⁴.

26. Die Beibehaltung einer nationalen Zuständigkeit im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung ist in Art. 152 Abs. 5 EG ausdrücklich wie folgt festgelegt: „Bei der Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang gewahrt.“

27. Dass mit der Übertragung einer Zuständigkeit im Gesundheitswesen auf die Gemeinschaft kein Zuständigkeitsentzug für die Mitgliedstaaten verbunden ist, folgt auch aus der Natur der nationalen und der gemeinschaftlichen Zuständigkeiten, wie sie sich aus Art. 152 EG ergibt. Es handelt sich nämlich sowohl um ergänzende Zuständigkeiten, da das Handeln der Gemeinschaft die nationale Gesundheitspolitik ergänzt, als auch um koordinierte Zuständigkeiten, da mit dem Handeln der Gemeinschaft die nationalen Maßnahmen auf diesem Gebiet koordiniert werden sollen.

28. Alles in allem enthalten die Bestimmungen des Art. 152 EG die Grundlagen für eine wenig integrierte Gesundheitspolitik und las-

14 — Nach den Worten von Michel, V., in „La compétence de la Communauté en matière de santé publique“, *Revue des affaires européennes*, 2003-2004/2, S. 157.

sen daneben einen Bereich geschützter nationaler Zuständigkeit erkennen.

29. Diese Entscheidung der Verfasser des EG-Vertrags ist meines Erachtens vom Gerichtshof gebührend zu berücksichtigen. Insbesondere sollte der Gerichtshof, wenn er mit einer nationalen Maßnahme in Bezug auf die Organisation des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung befasst ist, stets dem Umstand Rechnung tragen, dass es hier um einen gleichsam verfassungsrechtlichen Schutz der nationalen Zuständigkeit in diesem Bereich geht¹⁵.

30. Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausübung der ihnen verbliebenen Befugnisse ihre gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen außer Acht lassen könnten. Bekanntlich müssen sie nämlich hierbei das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die Bestimmungen des Vertrags über die Verkehrsfreiheiten beachten. Diese Bestimmungen untersagen den Mitgliedstaaten, ungerechtfertigte Beschränkungen der Ausübung dieser Freiheiten im Bereich der Gesundheitsversorgung einzuführen oder beizubehalten¹⁶.

31. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts bei Weitem nicht alle Bedingungen für die Ausübung der Apothekertätigkeit Gegenstand von Koordinierungsmaßnahmen und noch weniger von Harmonisierungsmaßnahmen auf Gemeinschaftsebene gewesen sind, wie der 26. Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/36 bezeugt. Der Gemeinschaftsgesetzgeber führt dort aus, dass z. B. die geografische Verteilung der Apotheken und das Abgabemonopol für Arzneimittel weiterhin in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen sollen. Zudem wird dort erklärt, dass diese Richtlinie keine Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten berührt, die Gesellschaften die Ausübung bestimmter Tätigkeiten des Apothekers verbieten oder ihnen für die Ausübung solcher Tätigkeiten bestimmte Auflagen machen. In diesen nicht harmonisierten Bereichen sind die Mitgliedstaaten vorbehaltlich der Beachtung der Vertragsbestimmungen, insbesondere derjenigen über die Niederlassungsfreiheit, weiterhin für den Erlass der entsprechenden Rechtsvorschriften zuständig¹⁷.

32. Um Bestand zu haben, muss eine nationale Regelung, nach der nur Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben dürfen, demnach mit Art. 43 EG in Einklang stehen, selbst wenn sie Ausdruck einer den Mitgliedstaaten verbliebenen Zuständigkeit im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere im Bereich der Organisation des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung ist.

15 — Vgl. Michel, V., a. a. O., S. 177.

16 — Vgl. insbesondere Urteil vom 11. September 2008, Kommission/Deutschland (C-141/07, Slg. 2008, I-6935, Randnr. 23 und die dort angeführte Rechtsprechung).

17 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Deutschland (Randnr. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung).

33. Der Umstand, dass eine derartige Vorschrift im ausdrücklich von Art. 152 Abs. 5 EG geschützten Bereich der verbliebenen nationalen Zuständigkeit ergeht, ist jedoch nicht ohne Folgen. Der Gerichtshof muss diesen im Vertrag verankerten Schutz der nationalen Zuständigkeit nämlich bei der Beurteilung berücksichtigen, ob die genannte Regelung im Hinblick auf ein im Allgemeininteresse liegendes Erfordernis wie den Gesundheitsschutz gerechtfertigt ist. Er kann sich insoweit auf seine Rechtsprechung beziehen, wonach bei der Prüfung, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung beachtet worden ist, berücksichtigt werden muss, dass der Mitgliedstaat bestimmen kann, auf welchem Niveau er den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten will und wie dieses Niveau erreicht werden soll¹⁸.

34. Nach diesen Vorbemerkungen ist zunächst zu prüfen, ob die deutsche Regelung, nach der nur Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben dürfen, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt.

2. Zum Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

35. Die mit den Art. 43 EG und 48 EG eingeführte Niederlassungsfreiheit verleiht den nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften das Recht zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat

und zur dauerhaften Ausübung dieser Tätigkeit dort unter denselben Bedingungen, wie sie für Gesellschaften mit Sitz in diesem Staat gelten. Diese grundlegende Freiheit gilt auch für die Gründung und Leitung von Unternehmen sowie für die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften. Nach Art. 43 EG sind diskriminierende Maßnahmen zu beseitigen.

36. Aus der ständigen Rechtsprechung ergibt sich überdies, dass Maßnahmen, die zwar unterschiedslos anwendbar sind, jedoch die Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch die Gemeinschaftsangehörigen untersagen, behindern oder weniger attraktiv machen, Beschränkungen darstellen, die dem Vertrag zuwiderlaufen¹⁹.

37. Nach dem deutschen Recht bedarf jede Person, die eine Apotheke betreiben will, der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Voraussetzung hierfür ist u. a., dass der Antragsteller die Approbation als Apotheker besitzt und die Apotheke persönlich in eigener Verantwortung leitet. Zudem können mehrere Personen zusammen eine Apotheke nur in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft betreiben, wobei alle Gesellschafter der Erlaubnis bedürfen und somit Apotheker sein müssen.

18 — Vgl. insbesondere Urteil Kommission/Deutschland (Randnr. 51).

19 — Vgl. Urteile vom 5. Oktober 2004, *CaixaBank France* (C-442/02, Slg. 2004, I-8961, Randnr. 11 und die dort angeführte Rechtsprechung), vom 14. Oktober 2004, *Kommission/Königreich der Niederlande* (C-299/02, Slg. 2004, I-9761, Randnr. 15), vom 21. April 2005, *Kommission/Griechenland* (C-140/03, Slg. 2005, I-3177, Randnr. 27), sowie vom 17. Juli 2008, *Corporación Dermoeástica* (C-500/06, Slg. 2008, I-5785, Randnr. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

38. Hierdurch wird eine Kapitalgesellschaft wie DocMorris daran gehindert, die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke in Deutschland zu erwirken. Die genannten Voraussetzungen können wegen ihrer Auswirkungen auf den Marktzugang dieser Gesellschaftsform als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit angesehen werden. Indem sie den Zugang neuer Wirtschaftsteilnehmer zu dem relevanten Markt behindern, stellen sie nämlich objektiv Schranken für die Verkehrsfreiheiten dar, die Gesellschaften wie DocMorris grundsätzlich zugutekommen müssen.

39. Nachdem festgestellt worden ist, dass eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit vorliegt, ist nunmehr zu prüfen, ob das Verbot für Nichtapotheker, eine Apotheke zu besitzen und zu betreiben, als nach dem Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt angesehen werden kann.

3. Zur Rechtfertigung der festgestellten Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

40. Eine Beschränkung, wie sie nach dem deutschen Recht vorgesehen ist, kann als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen werden, wenn sie die folgenden vier Voraussetzungen erfüllt. Sie muss zunächst in nicht diskriminierender Weise angewandt werden. Sie muss sodann durch einen rechtmäßigen Grund oder zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Sie muss schließlich zur Erreichung des verfolg-

ten Ziels geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist²⁰.

41. Erstens sind bei den in Rede stehenden Rechtsvorschriften keine diskriminierenden Merkmale zu erkennen, da diese Vorschriften ohne Unterscheidung nach Herkunftsmitgliedstaat für alle gelten, die eine Apotheke in Deutschland gründen oder betreiben wollen.

42. Zweitens gehört der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die nach Art. 46 Abs. 1 EG Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können²¹. Wie aus § 1 Abs. 1 ApoG hervorgeht, beruhen die deutschen Rechtsvorschriften, wonach nur Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben dürfen, auf Gründen des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung. Diese Vorschriften können somit im Hinblick auf den angestrebten Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, insbesondere das Ziel der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung, als gerechtfertigt angesehen werden.

20 — Vgl. insbesondere Urteile vom 5. Juni 2007, Rosengren u. a. (C-170/04, Slg. 2007, I-4071, Randnr. 43), sowie *Corporación Dermoeestética* (Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

21 — Urteil *Corporación Dermoeestética* (Randnr. 37).

43. Was drittens die Frage anbelangt, ob eine solche Regelung zur Erreichung des Ziels des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung geeignet ist, muss geprüft werden, ob das Besitz- und Betriebsverbot für Nichtapotheker geeignet ist, dem genannten Ziel in sachgerechter Weise zu dienen.

44. Die nachstehenden Argumente wurden vorgetragen, um darzutun, dass dieses Verbot nicht geeignet sei, das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit zu erreichen.

45. Den Verfechtern dieser Auffassung zufolge ist zu unterscheiden zwischen den Aspekten des Betriebs, der Leitung oder der Führung von Apotheken und den Aspekten, die die Beziehungen zu Dritten betreffen. Die Notwendigkeit der beruflichen Qualifikation als Apotheker sei für die letztgenannten, aber nicht für die erstgenannten Aspekte gerechtfertigt, da das Erfordernis des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung nur den externen Aspekt der pharmazeutischen Tätigkeit, also denjenigen betreffe, der die Beziehungen zu Dritten, genauer gesagt zu den Lieferanten und Patienten, umfasse.

46. Zudem könne das Kriterium, dass das Verbot zur Erreichung des Ziels geeignet sein müsse, nur erfüllt sein, wenn es konkrete Anzeichen dafür gäbe, dass in den Fällen, in denen der Eigentümer der Apotheke kein approbierter Apotheker sei und nur ein angestellter Apotheker dort tätig sei, die Kontrolle oder der Einfluss des Eigentümers

gegenüber diesem angestellten Apotheker dessen Unabhängigkeit und persönliche Verantwortung beeinträchtigen und die Beachtung der beruflichen und berufsethischen Regeln für die Apothekertätigkeit gefährden könnte. Tatsächlich seien Kapitalgesellschaften nicht aufgrund ihrer Struktur generell eher geneigt, unrechtmäßige Gewinne zu erzielen. Ein persönlich verantwortlicher Apotheker, der anfangs wegen der mit der Einrichtung seiner Apotheke verbundenen Kosten hoch verschuldet sei, könne in Bezug auf sein wirtschaftliches Überleben einem viel höheren Druck ausgesetzt sein als ein angestellter Apotheker.

47. Selbst wenn in Form von Kapitalgesellschaften geführte Apotheken tatsächlich beabsichtigten, ihre Gewinne übermäßig zu steigern, könnte dies nicht zu Gesundheitsrisiken bei der Abgabe von Arzneimitteln führen. Die meisten Arzneimittel seien nämlich verschreibungspflichtig, so dass deren Abgabe nur gegen Rezept erfolgen könne. Selbst wenn also eine Apotheke einem Patienten mehr Arzneimittel verkaufen wolle, sei sie in Ermangelung eines von einem Arzt ausgestellten Rezepts daran gehindert. Darüber hinaus sei in Deutschland die Möglichkeit für die Apotheken, Generika zu vertreiben, d. h., ein Arzneimittel durch ein anderes mit demselben Wirkstoff zu ersetzen, gesetzlich zunehmend eingeschränkt worden.

48. Ich bin jedoch der Auffassung, dass die Regelung, nach der nur ein Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben darf, geeignet ist, das Ziel des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung zu erreichen. Genauer

gesagt ist diese Regelung meines Erachtens geeignet, eine Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, die eine Qualität und Vielfalt hinreichend gewährleistet.

als Folge der Entscheidungen der Staaten zur Wahrung des Gleichgewichts der Sozialtats ständig zunimmt. Hierbei kann sich der Patient nämlich nur auf die Auskünfte eines Fachmanns in Gesundheitsfragen verlassen. Dieser Fachmann ist der Apotheker.

49. Hierbei bin ich nicht von dem Argument überzeugt, dass bei der pharmazeutischen Tätigkeit zwischen den internen Aspekten (Eigentum, Führung und Leitung der Apotheke) und den externen Aspekten (Beziehungen zu Dritten) zu unterscheiden sei. Wer als Eigentümer und Arbeitgeber eine Apotheke besitzt, beeinflusst meines Erachtens nämlich zwangsläufig die Arzneimittelabgabepolitik in dieser Apotheke. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, die berufliche Kompetenz mit dem wirtschaftlichen Eigentum an der Apotheke zu verbinden, lässt sich demnach im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung rechtfertigen.

51. Da die pharmazeutische Tätigkeit wie zahlreiche Berufe des Gesundheitswesens durch eine asymmetrische Informationsverteilung gekennzeichnet ist, muss der Patient volles Vertrauen in den vom Apotheker erteilten Rat setzen können. Es ist daher wichtig, die Neutralität der pharmazeutischen Beratung, d. h. einen kompetenten und objektiven Rat, zu gewährleisten.

50. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Aufgabe, die der Apotheker erfüllt, sich nicht im Verkauf von Arzneimitteln erschöpft. Die Arzneimittelabgabe erfordert vom Apotheker noch andere Leistungen, wie etwa die Prüfung der ärztlichen Verschreibungen, die Zubereitung von Arzneimittelpräparaten oder auch die Erteilung von Auskünften und Ratschlägen zur richtigen Anwendung der Arzneimittel²². Zudem hat die Beratungspflicht des Apothekers große Bedeutung bei Arzneimitteln, die keiner ärztlichen Verschreibung bedürfen, deren Zahl

52. Zudem ist der Apotheker aus den vorgenannten Gründen eng in eine allgemeine Gesundheitspolitik eingebunden, die weitgehend unvereinbar mit der rein kaufmännischen Denkweise von Kapitalgesellschaften ist, die unmittelbar auf Rentabilität und Gewinn ausgerichtet sind. Der spezifische Charakter der dem Apotheker übertragenen Aufgabe erfordert demnach, dass dem Fachmann die für die Art seiner Tätigkeit nötige Unabhängigkeit zuerkannt und gewährleistet wird.

53. Somit steht die Qualität der Arzneimittelabgabe in engem Zusammenhang mit der Unabhängigkeit, die ein Apotheker bei der Erfüllung seiner Aufgabe wahren muss.

22 — Für eine Aufzählung der verschiedenen Tätigkeiten des Apothekers vgl. Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36.

54. Mit der Entscheidung, das Eigentum und den Betrieb von Apotheken Apothekern vorzubehalten, wollte der deutsche Gesetzgeber gerade die Unabhängigkeit der Apotheker gewährleisten, indem er die wirtschaftliche Struktur der Apotheken gegen äußere Einflüsse abschottet, die z. B. von Arzneimittelherstellern oder Großhändlern ausgehen. Er wollte insbesondere der Gefahr von Interessenkonflikten, die nach seiner Auffassung mit einer vertikalen Integration des Pharmasektors verbunden sein könnte, vorbeugen, um u. a. das Phänomen des übermäßigen Arzneimittelkonsums zu bekämpfen und in den Apotheken eine hinreichende Auswahl von Arzneimitteln zu garantieren. Der deutsche Gesetzgeber hielt zudem die Einschaltung eines Fachmanns für erforderlich, der als Filter zwischen dem Arzneimittelhersteller und dem Publikum dient, um in unabhängiger Weise einen sachgerechten Arzneimittelgebrauch zu kontrollieren.

55. Ein Apotheker, der Eigentümer seiner Apotheke ist, ist finanziell unabhängig, wodurch die freie Ausübung seines Berufs gewährleistet wird. Ein solcher Apotheker hat die volle Kontrolle über seine Arbeitsmittel und übt seinen Beruf mit der Unabhängigkeit aus, die für die freien Berufe kennzeichnend ist. Er ist Leiter eines Unternehmens mit Nähe zu den wirtschaftlichen Realitäten, denen er sich bei der Führung seiner Apotheke stellen muss, und zugleich ein Gesundheitsfachmann, der bestrebt ist, die wirtschaftlichen Zwänge, denen er unterliegt, mit Erwägungen der öffentlichen Gesundheit in Einklang zu bringen, wodurch er sich von einem reinen Investor unterscheidet.

56. Ich bin daher der Meinung, dass der präventive Ansatz des deutschen Gesetzge-

bers geeignet ist, den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zu gewährleisten.

57. Zum Schluss ist zu prüfen, ob die Regelung, nach der nur ein Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben darf, erforderlich ist, um das Ziel des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung zu erreichen, und ob dieses Ziel nicht durch Verbote oder Beschränkungen erreicht werden könnte, die weniger weit gehen oder die Niederlassungsfreiheit weniger beeinträchtigen.

58. Es wurden mehrere Argumente dafür vorgetragen, dass diese Regelung gegenüber dem Ziel des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung unverhältnismäßig ist.

59. So soll es genügen, die Leitung der Apotheke, die Arzneimittelabgabe und die Beratung der Kunden einem angestellten Apotheker vorzubehalten. Dieser sei ebenso gut wie ein unabhängiger Apotheker in der Lage, seinen Beruf entsprechend den ihm obliegenden Verpflichtungen auszuüben. Er unterläge unabhängig von der Rechtsform seines Arbeitgebers denselben beruflichen und berufsethischen Regeln wie ein unabhängiger Apotheker. Ein angestellter Apotheker unterläge zwar den Weisungen des Betreibers, er wäre aber verpflichtet, sich Weisungen zu widersetzen, die mit der beruflichen und berufsethischen Regelung für Apotheker unvereinbar wären.

60. Darüber hinaus könnte der nationale Gesetzgeber Bestimmungen erlassen, mit denen das Rechtsverhältnis zwischen dem Betreiber und dem angestellten Apotheker geregelt würde, um zu verhindern, dass die Kontrolle oder der Einfluss gegenüber dem angestellten Apotheker dessen Unabhängigkeit und persönliche Verantwortung beeinträchtigt und die Beachtung der beruflichen und berufsethischen Regeln für Apotheker gefährdet. Ferner könnten der angestellte Apotheker und der Betreiber verpflichtet werden, eine berufliche Haftpflichtversicherung abzuschließen.

61. Diese Betrachtungsweise werde durch das vorgenannte Urteil Kommission/Griechenland untermauert. Die in diesem Urteil in Rede stehenden griechischen Rechtsvorschriften seien nämlich mit der im Ausgangsverfahren geprüften Maßnahme vergleichbar. Es bestehe kein grundlegender Unterschied zwischen dem Verkauf optischer Erzeugnisse und der Abgabe von Arzneimitteln. In beiden Fällen könnten unsachgemäß ausgehändigte Erzeugnisse oder eine falsche Beratung eine Gefährdung der Gesundheit zur Folge haben. Die Überlegungen des Gerichtshofs in dem genannten Urteil seien daher auf die vorliegende Rechtssache übertragbar.

62. Ich teile diese Ansicht nicht.

63. Bei der Prüfung, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung beachtet wurde, ist nämlich nach Auffassung des Gerichtshofs zu berücksichtigen, dass der Mitgliedstaat bestimmen kann, auf welchem Niveau er den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten

will und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da dieses Niveau sich von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedstaaten ein entsprechender Beurteilungsspielraum zuzuerkennen, so dass der Umstand, dass ein Mitgliedstaat Vorschriften erlässt, die weniger streng sind als die in einem anderen Mitgliedstaat erlassenen, nicht bedeutet, dass Letztere unverhältnismäßig wären²³.

64. Indem der deutsche Gesetzgeber die Regelung getroffen hat, dass nur ein Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben darf, hat er von diesem Beurteilungsspielraum Gebrauch gemacht, wobei er sich für ein System entschieden hat, das seines Erachtens ein hohes Schutzniveau für die Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere eine angemessene Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gewährleistet.

65. Wie andere Mitgliedstaaten hätte der deutsche Gesetzgeber auch ein anderes Modell wählen und vorbehaltlich innerstaatlicher Verfassungsvorgaben andere Mittel für den Gesundheitsschutz einsetzen können, indem er z. B. die Eröffnung neuer Apotheken von Voraussetzungen abhängig gemacht hätte, die die geografische Verteilung der Apotheken, eine bestimmte Einwohnerzahl pro Apotheke oder Regeln für den Mindestabstand zwischen zwei Apotheken betreffen. Unter den anderen Maßnahmen, die sicherstellen sollen, dass das Ziel des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung Vorrang vor wirtschaftlichen Interessen genießt, könnte ein Mitgliedstaat

23 — Urteil Kommission/Deutschland (Randnr. 51 und die dort angeführte Rechtsprechung).

sich für die Aufrechterhaltung des Monopols der Apotheken für den Verkauf von Arzneimitteln und/oder für eine Preisregulierung für Arzneimittel entscheiden.

der Gesundheit der Bevölkerung überschritten, so dass diese Regelung nicht über das hinausgeht, was zur Sicherstellung eines hohen Niveaus für den Gesundheitsschutz erforderlich ist.

66. Alles in allem ist zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 152 Abs. 5 EG in Ermangelung einer Harmonisierung der gesamten Voraussetzungen für die Ausübung der Apothekertätigkeit in der Gemeinschaft über einen Beurteilungsspielraum verfügen, um das Modell zu erstellen, das ihren Bestrebungen, die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen, am besten entspricht.

69. So bin ich nicht davon überzeugt, dass die Maßnahmen, die dem Gerichtshof vorgebracht worden sind und die nach Ansicht der Gegner der deutschen Regelung an die Stelle dieser Regelung treten sollten, ein gleich hohes Niveau für den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung sicherstellen könnten.

67. Bei der Prüfung, ob eine nationale Maßnahme, wie sie in der vorliegenden Rechtsache in Rede steht, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet, muss der Gerichtshof sich schließlich vergewissern, dass die Mitgliedstaaten nicht die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschritten haben. Er prüft auch, ob andere Maßnahmen nicht ebenso wirksam zur Gewährleistung eines hohen Niveaus für den Schutz der öffentlichen Gesundheit beitragen würden.

70. Allgemein ist zunächst zu betonen, dass die Regelung, die Nichtapothekern den Besitz und den Betrieb von Apotheken verbietet, eine Maßnahme darstellt, mit der die vorstehend beschriebenen Auswüchse vermieden werden sollen, insbesondere die Interessenkonflikte, die sich aus einer vertikalen Integration des pharmazeutischen Bereichs ergeben und die Qualität der Abgabe von Arzneimitteln negativ beeinflussen könnten. Diesem präventiven Gesichtspunkt kommt eine besondere Bedeutung zu, wenn das Gebot des Gesundheitsschutzes auf dem Spiel steht. Die Einführung einer Haftung sowohl des Betreibers, der nicht Apotheker ist, als auch der angestellten Apotheker und die von Sanktionen gegenüber diesen Personen reichen hingegen nicht aus, um ein gleich hohes Niveau für den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung sicherzustellen, da es sich hierbei in erster Linie um Maßnahmen handelt, mit denen die Auswüchse nach-

68. Meines Erachtens hat die Bundesrepublik Deutschland mit der Regelung, dass nur ein Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben darf, nicht die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums im Bereich des Schutzes

trüglich korrigiert werden sollen, nachdem sie bereits eingetreten sind²⁴.

71. Zudem kann die Anwesenheitspflicht eines angestellten Apothekers, der Aufgaben in Beziehung zu Dritten wahrnimmt, meines Erachtens nicht eine angemessene Arzneimittelversorgung der Bevölkerung mit demselben Qualitäts- und Neutralitätsanspruch bei der Arzneimittelabgabe gewährleisten.

72. Ein angestellter Apotheker ist zwar gehalten, die für ihn geltenden beruflichen und berufsethischen Regeln zu beachten. Da er jedoch nicht die Geschäftspolitik der Apotheke bestimmt und in der Praxis die Weisungen seines Arbeitgebers befolgen muss, ist nicht auszuschließen, dass ein angestellter Apotheker, der in einer von einem Berufsfremden betriebenen Apotheke angestellt ist, dazu gebracht wird, das wirtschaftliche Interesse der Apotheke gegenüber den Erfordernissen, die mit der Ausübung einer pharmazeutischen Tätigkeit verbunden sind, in den Vordergrund zu stellen. So ist auch nicht auszuschließen, dass ein berufsfremder Betreiber, der nicht über genügende berufliche Kompetenz verfügt, um zu beurteilen, was die Abgabe von Arzneimitteln erfordert, versucht sein könnte, die Patientenberatung einzuschränken oder wenig rentable Geschäftsbereiche, wie die Zubereitung von Arzneipräparaten, aufzugeben. Daraus ergäbe sich eine Qualitätsminderung bei der Arzneimit-

telabgabe, die ein angestellter Apotheker, der den Weisungen seines Arbeitgebers nachkommen muss, schwerlich bekämpfen könnte.

73. Ganz grundlegend ist zu bemerken, dass die Unterscheidung zwischen internen und externen Aspekten der pharmazeutischen Tätigkeit gekünstelt ist und zwangsläufig der Betreiber die Geschäftspolitik der Apotheke bestimmt, da er die Kontrolle über dieselbe ausübt. So erscheint es kaum vorstellbar, dass ein berufsfremder Apothekenbetreiber nicht in die Beziehungen zwischen Apotheker und Kunden eingreift, und sei es auch mittelbar, indem er das Arzneimittellager der Apotheke verwaltet. Eine schlechte Verwaltung dieses Lagers würde sich notwendigerweise auf die Qualität der Arzneimittelabgabe auswirken.

74. Die deutsche Regelung ist daher notwendig, da sie bewirkt, dass der Apotheker als Eigentümer seiner Apotheke sich für seine Entscheidungen bezüglich der Qualität der Dienstleistungen seiner Apotheke persönlich vor seinesgleichen zu verantworten hat, dass er persönlich allen Rechts- und Verwaltungsvorschriften und allen berufsethischen Regeln für die Ausübung des Apothekerberufs unterliegt und dass er die Geschäfte seiner Apotheke völlig unbeeinflusst von berufsfremden Dritten führen kann.

24 — Die Argumente, die die Gegner der deutschen Regelung hierzu zur Stützung ihrer Auffassung vorgetragen haben, sind weitgehend theoretisch und werden im Übrigen durch die Realitäten der jetzigen Finanzkrise widerlegt. So hat die Existenz von Kontrollbehörden und rechtlichen Regelungen über die zivilrechtliche, kommerzielle oder strafrechtliche Haftung im Bankengeschäft in tragischer Weise ihre Grenzen und ihr Unvermögen offenbart, die Auswüchse einer Denkweise zu unterbinden oder zu kontrollieren, die dem Ertrag des eingesetzten Kapitals den Vorrang einräumt.

75. So kann der Betreiber dank der Verbindung zwischen der beruflichen Kompetenz im Arzneimittelbereich und dem Eigentum an der Apotheke die Folgen seiner geschäftlichen Entscheidungen für die Erfüllung der ihm übertragenen Aufgabe öffentlichen Interesses, d. h. eine ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung, richtig beurteilen.

76. Wie die deutsche Regierung ausführt, ist schließlich die Verknüpfung der Betriebserlaubnis für eine Apotheke mit der Person des Apothekers ein wirksames Mittel, um die Ordnungsmäßigkeit der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, insbesondere, weil für den Apotheker als Betreiber der Apotheke im Fall eines Berufsvergehens die Gefahr besteht, dass ihm nicht nur die Approbation, sondern auch die Betriebserlaubnis entzogen wird, wobei die daraus entstehenden schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen zu bedenken sind. Abgesehen von den disziplinarrechtlichen Folgen setzt der Apotheker durch Berufsvergehen seine wirtschaftliche Existenz aufs Spiel, was einen zusätzlichen Anreiz bietet, seine Apotheke so zu führen, dass das Erfordernis der öffentlichen Gesundheit Vorrang genießt. Die Regelung, nach der die Kompetenz und die Berufsethik mit der wirtschaftlichen Verantwortung für die Apotheke in ein und derselben Person zu vereinen sind, ist somit notwendig, um dem Allgemeininteresse Vorrang zu verleihen.

77. Aufgrund dieser Erwägungen bin ich daher der Auffassung, dass die deutsche Regelung, nach der nur ein Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben darf, nicht über das hinausgeht, was zur Gewährleistung

eines hohen Niveaus für den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere zur Sicherstellung einer vielfältigen und qualitativ guten Arzneimittelversorgung der Bevölkerung erforderlich ist. Wenn somit verlangt wird, dass derjenige, der eine Apotheke wirtschaftlich beherrscht und folglich die Geschäftspolitik derselben bestimmt, Apotheker ist, so stimmt dies meines Erachtens mit Art. 43 EG überein.

78. Die vorstehende Untersuchung des angemessenen und verhältnismäßigen Charakters der Regelung, nach der nur ein Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben darf, wird entgegen der Auffassung von DocMorris und der Kommission auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Betrieb einer Apotheke durch einen Berufsfremden nach dem deutschen Recht unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt ist. Es geht dabei um folgende Fälle.

79. Es handelt sich zunächst, wenn der Inhaber einer Apothekenbetriebserlaubnis die Apotheke nicht selbst betreiben kann, oder im Fall seines Todes um die Möglichkeit für Letzteren bzw. seine Erben, für eine bestimmte Zeit den Betrieb der Apotheke durch Verpachtung oder Verwaltung fortzusetzen. Wie die Apothekerkammer des Saarlandes ausführt, hat der deutsche Gesetzgeber damit versucht, das Verbot des Fremdbesitzes mit dem Schutz der Interessen der Familie des Apothekers in Einklang zu bringen, indem dieser Zeit eingeräumt wird, um eine Entscheidung über die Zukunft der Apotheke zu treffen. Diese Ausnahme kann die Kohärenz der deutschen Rechtsvorschriften nicht in Frage stellen, da sie zum einen zeitlich begrenzt ist und zum anderen die Apotheke

von einem Pächter oder Verwalter übernommen wird, der die Approbation als Apotheker haben muss. Zudem ergibt sich aus § 9 Abs. 2 ApoG, dass der Pächter die in § 1 dieses Gesetzes vorgesehene Erlaubnis besitzen muss und dass der Pachtvertrag weder die berufliche Verantwortlichkeit des Pächters noch dessen Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen darf.

messen, dass sie vom Träger des Krankenhauses betrieben wird, in das sie integriert ist. Zudem ergibt sich die mit einer vertikalen Integration der pharmazeutischen Tätigkeit verbundene Gefahr eines Interessenkonflikts, die bei öffentlichen Apotheken besteht, nicht bei der internen Arzneimittelversorgung der Krankenhäuser, wie sie der deutsche Gesetzgeber geregelt hat. Somit kann dieses System nicht die Kohärenz der Regelung in Frage stellen, nach der nur ein Apotheker eine der Öffentlichkeit zugängliche Apotheke besitzen und betreiben darf.

80. Weiterhin handelt es sich um die interne Arzneimittelversorgung der Krankenhäuser. Diese können nach § 14 Abs. 1 bis 6 ApoG ihre Arzneimittelversorgung einer internen Apotheke übertragen, die in den Räumen des Krankenhauses betrieben wird und der Öffentlichkeit nicht zugänglich ist. In diesem Fall muss der Träger des Krankenhauses die Erlaubnis zum Betrieb einer Krankenhausapotheke erwirken. Diese Erlaubnis setzt insbesondere die Anstellung eines Apothekers voraus, der die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Ziff. 1 bis 4, 7 und 8 sowie Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 oder 2a ApoG erfüllt.

82. Ferner kann der Umstand, dass eine Apotheke gemäß § 1 Abs. 2 ApoG bis zu drei Filialapotheken betreiben kann, die Kohärenz der genannten Regelung ebenfalls nicht in Frage stellen. Der Inhaber der Betriebserlaubnis für die Hauptapotheke unterliegt nämlich gemäß § 7 ApoG ebenso der Verpflichtung zur persönlichen Leitung derselben sowie seiner Filialen in eigener Verantwortung. Er behält somit die vollständige Kontrolle über die Gesamtheit seiner Niederlassungen, die zudem nur in begrenzter Anzahl erlaubt sind.

81. In diesem Fall wird die Apotheke zwar nicht von einem Apotheker betrieben, im Gegensatz zu öffentlichen Apotheken obliegt Krankenhausapotheken jedoch nicht die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung, sondern nur die Arzneimittelausgabe an die Abteilungen der Krankenhäuser, in denen sie eingerichtet sind. Da eine Krankenhausapotheke den Arzneimittelbedarf des Krankenhauses zu decken hat, erscheint es ange-

83. Schließlich ist das Argument zurückzuweisen, dass die Ausführungen des Gerichtshofs im vorgenannten Urteil Kommission/Griechenland zum Betrieb von Optikergeschäften auf die Apotheken übertragbar seien.

84. Die Kommission hatte mit ihrer Vertragsverletzungsklage gegen die Hellenische Republik beantragt, festzustellen, dass dieser Mitgliedstaat gegen seine Verpflichtungen aus den Art. 43 EG und 48 EG verstoßen hat. Sie warf erstens dem genannten Mitgliedstaat vor, einem diplomierten Optiker als natürlicher Person nicht zu erlauben, mehr als ein Optikergeschäft zu betreiben. Sie beanstandete zweitens die nationalen Rechtsvorschriften, die die Möglichkeit, dass eine juristische Person ein Optikergeschäft eröffnet, davon abhängig machen,

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

- dass der betreffende Optiker höchstens noch an einer anderen Gesellschaft beteiligt ist, die Eigentümer eines Optikergeschäfts ist, vorausgesetzt, dass die Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb des Geschäfts auf den Namen eines anderen anerkannten Optikers ausgestellt ist.

85. Nachdem er eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit bejaht hatte²⁵, prüfte der Gerichtshof im Ganzen, ob die verschiedenen beanstandeten Aspekte der griechischen Rechtsvorschriften durch das Ziel des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung gerechtfertigt sind. Er gelangte zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall sei, da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht beachtet worden sei.

86. Er erklärt hierzu, „dass das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, auf das die Hellenische Republik sich beruft, mit Maßnahmen erreicht werden kann, die die Niederlassungsfreiheit sowohl natürlicher Personen als auch juristischer Personen weniger einschränken, z. B. durch das Erfordernis, dass in jedem Optikergeschäft als Arbeitnehmer oder als Gesellschafter diplomierte Optiker anwesend sein müssen, durch die für die zivilrechtliche Haftung für das Verhalten eines Dritten geltenden Vorschriften sowie durch Bestimmungen, die eine Berufshaftpflichtversicherung vorschreiben“²⁶.

87. Der Gerichtshof sollte meines Erachtens anders entscheiden hinsichtlich der Abgabe von Arzneimitteln, die sich aufgrund ihrer weitreichenden Auswirkung auf die Gesundheit der Bevölkerung vom Verkauf optischer Erzeugnisse unterscheidet.

²⁵ — Urteil Kommission/Griechenland (Randnrn. 27 bis 29).

²⁶ — Ebd. (Randnr. 35).

88. Der Gerichtshof hat zwar anerkannt, dass der Verkauf optischer Erzeugnisse wie Kontaktlinsen nicht als eine Handelstätigkeit wie jede andere angesehen werden kann, da der Verkäufer in der Lage sein muss, den Benutzern Informationen zum Gebrauch und zur Pflege solcher Erzeugnisse zu geben²⁷. Er hat daher die Auffassung vertreten, dass nationale Rechtsvorschriften, die den Verkauf von Kontaktlinsen und damit zusammenhängenden Erzeugnissen in Handelsbetrieben verbieten, die nicht von Personen geleitet oder geführt werden, die die für die Ausübung des Berufs des Augenoptikers erforderlichen Voraussetzungen erfüllen, aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt seien²⁸.

89. Da Arzneimittel aber Erzeugnisse sind, die sich schwerwiegender auf die Gesundheit auswirken können als optische Erzeugnisse und die im Fall falschen Gebrauchs sogar zum Tod des Patienten führen können, sind für ihre Abgabe besondere Garantien erforderlich. Ich halte es daher für rechtmäßig, wenn ein Mitgliedstaat ein hohes Schutzniveau für die öffentliche Gesundheit dadurch erreichen will, dass er die Qualität und Neutralität bei der Abgabe von Arzneimitteln zu erhalten versucht.

90. Da die Abgabe von Arzneimitteln im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung nicht in gleicher Weise wie der Verkauf optischer Erzeugnisse behandelt wer-

den kann, kann ein Mitgliedstaat ohne Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus den vorstehend dargelegten Gründen entscheiden, dass er den Besitz und den Betrieb von Apotheken nur Apothekern vorbehält.

B — Zur zweiten Vorlagefrage

91. Mit der zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird, vom Gerichtshof wissen, ob eine nationale Behörde aufgrund des Gemeinschaftsrechts, insbesondere im Hinblick auf Art. 10 EG und den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, berechtigt und verpflichtet ist, die von ihr für gemeinschaftsrechtswidrig erachteten nationalen Vorschriften nicht anzuwenden, auch wenn es sich nicht um einen evidenten Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht handelt und eine Unvereinbarkeit der betreffenden Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht vom Gerichtshof nicht festgestellt worden ist.

92. Da ich dem Gerichtshof vorschlage, die erste Frage zu verneinen, braucht die zweite Frage nicht beantwortet zu werden.

27 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Mai 1993, LPO (C-271/92, Slg. 1993, I-2899, Randnr. 11).

28 — Ebd. (Randnr. 13).

IV — Ergebnis

93. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, für Recht zu erkennen, dass die Art. 43 EG und 48 EG dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, nach der nur Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben dürfen, da eine solche Regelung durch das Ziel gerechtfertigt ist, eine ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen.