

# **Kapitalgesellschaften als Apothekenbetreiber? Mündliche Verhandlung vor dem Europäischen Gerichtshof**

## **Verhandlungsmarathon mit großem Aufgebot**

Am Mittwoch, den 3. September 2008 fand in Luxemburg vor der mit zwölf Richtern und einer Richterin besetzten Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs unter dem Vorsitz von *Vassilios Skouris*, der Beteiligung des Generalanwalts *Yves Bot* und der unermüdlichen Mitwirkung eines „Heers“ von Dolmetschern und Dolmetscherinnen die gemeinsame mündliche Verhandlung in dem von der Kommission gegen Italien erhobenen Vertragsverletzungsverfahren (C-531/06) sowie in den verbundenen Rechtssachen C-171/07 und C-172/07 statt. In den beiden letzteren Verfahren geht es um Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts des Saarlandes betreffend zum einen die Frage nach der Vereinbarkeit des deutschen Fremdbesitzverbotes mit der Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages und zum anderen die Frage, ob nach Gemeinschaftsrecht eine Verwaltungsbehörde berechtigt oder verpflichtet ist, nationales Recht nicht anzuwenden, wenn sie dieses für gemeinschaftswidrig hält (näher zum Ausgangsverfahren und den es begleitenden Umständen *Saalfrank/Wesser*, A&R 2008, S. 60 ff.).

Das Interesse an diesem Verhandlungsmarathon war enorm. Neben den Parteien der Ausgangsverfahren hatten zahlreiche Mitgliedstaaten Bevollmächtigte entsendet, die dem Gerichtshof die unterschiedlichen nationalen Maßnahmen zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung vorstellten und für deren jeweilige Vorteile warben.

## **Zwei Lager**

Es bestehen zwei Lager: Ein Teil der Mitgliedstaaten, wie z.B. die Niederlande und Polen, haben kein Problem damit, auch Kapitalgesellschaften und damit „Fremden“ die Leitung einer Apotheke anzuvertrauen. Der andere Teil, neben Deutschland (mit Ausnahme des selbständig repräsentierten Saarlandes!) auch Österreich, Frankreich, Spanien, Griechenland und – eingeschränkt – Italien, sieht in dem Fremdbesitzverbot hingegen eine geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung.

## **Erfahrungen Lettlands**

Dazwischen steht Lettland, das das Fremdbesitzverbot zunächst abgeschafft, dann aber nur anderthalb Jahre später aufgrund der mit der „Freigabe“ gemachten Erfahrungen beschlossen hatte, ab 2011 einen Fremd- und Mehrbesitz nicht mehr zuzulassen. So berichtete die Bevollmächtigte Lettlands, dass seit der Abschaffung des Fremdbesitzverbotes die Zahl der „freien“ Apotheken von 582 auf 450 gesunken, die der „Kettenapotheken“ dagegen von 261 auf 371 gestiegen sei. Obwohl Kettenapotheken aufgrund des mit ihrem Betrieb verbundenen „Synergieeffektes“ kostengünstiger betrieben werden könnten, sei an die Verbraucher kein Preisvorteil weiter gegeben worden. Die Erfahrungen Lettlands widerlegen somit die auch von deutschen Politikern (vgl. die Abgeordnete von BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN *Birgitt Bender*, Plenarprotokoll 16/54, S. 5253) vertretene Auffassung, eine Freigabe des Apothekenmarktes würde zu „drastischen Kostensenkungen“ im Gesundheitswesen führen. Weiter führte die Bevollmächtigte Lettlands aus, dass „Kettenapotheken“ dadurch aufgefallen seien, dass sie die alle Apotheken treffende Pflicht, neben der Abgabe von Arzneimittelspezialitäten erforderlichenfalls auch selbst Arzneimittel herzustellen, tendenziell ignorierten. Die Zahl der von „Kettenapotheken“ bevorrateten Arzneimittel sei meist klein und manche Arzneimittel wie z.B. Psychopharmaka wären oft gar nicht auf Lager. Außerdem

werde für nicht bevorratete Arzneimittel häufig nur eine Alternative angeboten, die aber nicht immer die preisgünstigste sei.

### **Keine Annäherung**

Die Stellungnahmen der Bevollmächtigten der jeweiligen Lager fielen erwartungsgemäß sehr kontrovers, z.T. sogar emotionsbeladen aus: Während die Befürworter des Fremdbesitzverbotes Kapitalgesellschaften wegen des Fehlens persönlicher Haftung und des ungleich geringeren Risikos einer Missachtung des Gemeinwohlaufrags als „strukturell anfälliger“ ansahen für ein Geschäftsgebaren, das den „shareholder value“ und über den Gemeinwohlaufrag der Apotheken stelle und den „kalkulierten Rechtsbruch“ (*Dechamps*) in die Wirtschaftlichkeitsberechnung miteinbeziehe (Kapitalgesellschaft und natürliche Person verfügten zwar beide über „Wissen“, nicht aber auch beide über „Gewissen“, so der Bevollmächtigte Italiens *Giuseppe Fiengo*), meinten dessen Gegner, dass es sich hierbei um eine durch nichts zu rechtfertigende Unterstellung handle: Kapitalgesellschaften würden dasselbe Gewinnstreben an den Tag legen wie natürliche Personen. Der Bevollmächtigte der EU-Kommission, *Enrico Traversa*, sah sich gegen Ende der Verhandlung gar dazu veranlasst, den Gerichtshof aufzufordern, in sein Urteil den Hinweis aufzunehmen, dass nicht jede Kapitalgesellschaft „betrügerische Zwecke“ verfolge.

### **Stellungnahme der Kommission**

Eingeleitet wurde die Verhandlung durch das Plädoyer des Kommissionsbevollmächtigten *Hannes Krämer*, der das Fremdbesitzverbot als unverhältnismäßig bezeichnete. Keiner seiner Befürworter hätte beweisen können, dass seine Abschaffung zu einer Gefährdung der Arzneimittelversorgung führe. Das mit dem Fremdbesitzverbot verfolgte Ziel könne genauso gut durch eine Regulierung und Kontrolle der Tätigkeiten von Apotheken ersetzt werden. Ein „Kontrollversagen“ einzelner Mitgliedstaaten rechtfertige es jedenfalls nicht, die Niederlassungsfreiheit einzuschränken.

### **Unabhängige Expertise?**

*Christian König* von der Universität Bonn, der Bevollmächtigte von *DocMorris*, verwies in diesem Zusammenhang auf eine aktuelle Studie des Duisburger Gesundheitsökonom *Jürgen Wasem*, die belege, dass der in Norwegen nach der Abschaffung des Fremdbesitzverbotes beobachtete Mehrgebrauch nichtverschreibungspflichtiger Arzneimittel nicht, wie die Befürworter dieses Verbots meinten, auf den Fall des Fremdbesitzverbotes zurückzuführen sei. Der Bevollmächtigte Italiens, der sich leidenschaftlich für das „subjektive Recht“ eines jeden EU-Bürgers auf Gesundheit eingesetzt und sich daher für eine Aufrechterhaltung des Fremdbesitzverbotes ausgesprochen hatte, ließ es sich gegen Ende der Verhandlung jedoch nicht nehmen darauf hinzuweisen, dass diese Studie von *DocMorris* finanziert worden sei.

### **Absatzsteigerung unmöglich?**

Von den Gegnern des Fremdbesitzverbotes wurde des weiteren vorgebracht, dass es wegen der Verschreibungspflichtigkeit der meisten Arzneimittel und deren Preisbindung sowieso keine großen Spielräume gebe. Der Bevollmächtigte der Apothekerkammer des Saarlandes u.a., *Claudius Dechamps*, wies jedoch darauf hin, dass allein daraus, dass der meiste Umsatz mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln getätigt werde, nicht geschlossen werden dürfe, dass auch die meisten der abgegebenen Arzneimittel verschreibungspflichtig seien. Dass der Umsatz mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln viel größer sei als der mit nichtverschreibungspflichtigen, liege allein daran, dass erstere viel teurer seien. In

Wirklichkeit seien von 100 durch eine Apotheke abgegebenen Medikamenten 49 nichtverschreibungspflichtig.

### **Unabhängiger Abhängiger?**

In den Mitgliedstaaten bestehen mithin sehr unterschiedliche Auffassungen darüber, wie die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung, mithin das hohe Schutzgut der öffentlichen Gesundheit, am besten sichergestellt wird. Während die einen dieses Rechtsgut nach Möglichkeit keinerlei Gefährdung aussetzen und daher – wie die Bundesrepublik Deutschland – schon vorbeugend tätig werden wollen, indem sie den Apothekenleiter als Person mit seiner Apotheke und damit mit seiner Lebensgrundlage in die Pflicht nehmen, reicht es den anderen, dass die pharmazeutische Verantwortung in der Hand eines (angestellten) Apothekers liegt, während die wirtschaftliche Verantwortung auch von einem Nichtapotheker übernommen werden kann.

Dass es aber nicht nur um die Sicherung der Beratungsqualität geht (die sicherlich von einem angestellten Apotheker in gleicher Weise gewährleistet wird wie von einem die Apotheke sein Eigentum nennenden Apotheker), sondern in erster Linie darum, die Unabhängigkeit des Apothekenbetreibers von allen am Arzneimittelverkehr beteiligten Personen sicherzustellen – dieser Punkt wurde von den Gegnern des Fremdbesitzverbotes geflissentlich übergangen bzw. unter Hinweis darauf, dass Krankenhäuser ja auch durch Kapitalgesellschaften betrieben werden könnten, als irrelevant abgetan. Indes ist es allein diese Unabhängigkeit, die es den Apothekerinnen und Apothekern erlaubt, der ihnen im öffentlichen Interesse an einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung übertragenen „Kontrollfunktion“ an der Schnittstelle zwischen den Arzneimittel verordnenden Ärzten, den Arzneimittel herstellenden Pharmaunternehmen, den Arzneimittel vertreibenden Großhändlern und den Arzneimittel anwendenden Patienten gerecht zu werden. Dementsprechend betonte die Vertreterin der Hellenischen Republik, *Evi Skandalou*, dass Apotheken nicht mit herkömmlichen Handelsunternehmen gleichgesetzt werden dürften, sondern in ihrer Unabhängigkeit eine wesentliche Grundlage für ein funktionierendes Gesundheitswesen darstellten.

Ob sich, wie der Vertreter der Niederlande meinte, eine solche Unabhängigkeit auch durch Tarifverträge erreichen lässt, oder, wie der Vertreter Tschechiens meinte, durch Kündigungsschutz, mag dahingestellt bleiben.

Nach deutschem Rechtsverständnis jedenfalls ist der „unabhängige“ Angestellte eine *contradictio in adiecto*; denn der Begriff des Arbeitnehmers, der auch den des Angestellten umfasst (vgl. z.B. § 622 BGB) ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass jemand „weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit“ einem anderen (dem Arbeitgeber) zur (fremdbestimmten) Arbeitsleistung gegen Vergütung verpflichtet ist (vgl. z.B. *Palandt*, BGB, 66. Aufl. 2007, Einf v § 611 Rdn. 7).

Der unabhängige angestellte Apotheker ist damit ein Widerspruch in sich!

### **Harmonisierung unabhängig von Rat und Parlament?**

Der Bevollmächtigte Spaniens brachte die Sache schließlich auf den Punkt: Angesichts der Tatsache, dass laut EG-Vertrag im Gebiet der Gemeinschaft einerseits ein „hohes“ Gesundheitsschutzniveau sichergestellt werden solle, andererseits die Gesundheitsgefahren „unmöglich einzuschätzen“ seien, müsse es mangels einer Harmonisierung primär Sache der Mitgliedstaaten sein zu bestimmen, auf welche Weise dieses Schutzniveau erreicht werden solle. Er verwies in diesem Zusammenhang auf Art. 168 Abs. 7 des (konsolidierten) Vertrages über die Europäische Union in der Fassung des Vertrages von Lissabon (vgl. Amtsblatt Nr. C 115 vom 09/05/2008 S. 0001 – 0388), vormals Art. 152 EG, in welchem niedergelegt ist, dass die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für

die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gewahrt wird. Danach umfasst die Verantwortung der Mitgliedstaaten die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel.

Es komme einer „Revolution“ gleich, wenn ein „über Nacht erleuchteter“ Kommissionsbeamter mit Hilfe des Gerichtshofs eine Harmonisierung erzwingen könne, zumal ein solcher Vorgang nach dem Vertrag einen alle betroffenen Belange miteinbeziehenden Willensbildungsprozess im Rat der Europäischen Union und im Europäischen Parlament erfordere. Es dürfe nicht punktuell in ein in sich stimmiges, nationalen und historischen Besonderheiten Rechnung tragendes Gesundheitssystem eingegriffen und dadurch den betroffenen Mitgliedstaaten eine wesentliche Säule ihres jeweiligen Gesundheitssystems genommen werden. Wie schon zuvor der Bevollmächtigte der Apothekerkammer des Saarlandes u.a., *Jürgen Schwarze*, der auf den „Einschätzungsspielraum“ der Mitgliedstaaten verwiesen hatte, betonten auch die Bevollmächtigten Italiens, Griechenlands und Irlands – letzterer trotz der in Irland betriebenen Deregulierung –, dass die Regelung der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung primär Sache der Mitgliedstaaten sei. Für die unterschiedliche Ausgestaltung der verschiedenen nationalen „Konzessionssysteme“ seien, so die Bevollmächtigte Finnlands, ganz unterschiedliche Faktoren maßgebend wie Dichte der Bevölkerung, geographische Verhältnisse und historische Faktoren. Dass ein Mitgliedstaat in einem Bereich weniger einschränkende Regelungen treffe, bedeute daher nicht, dass die von anderen Mitgliedstaaten getroffenen Maßnahmen unverhältnismäßig seien.

### **Loyalität oder Illoyalität?**

Kontrovers fielen nicht nur die Stellungnahmen zum Fremdbesitzverbot aus, sondern auch die zum Vorgehen des vormaligen saarländischen Ministers der Justiz, *Josef Hecken*, der unter Berufung auf die Gemeinschaftswidrigkeit dieses Verbotes der *DocMorris N.V.*, einer niederländischen Kapitalgesellschaft, Anfang 2007 die Erlaubnis zum Betrieb einer Filialapotheke in Saarbrücken hatte erteilen lassen. Während der Vertreter der EU-Kommission dieses Vorgehen als vorbildlich lobte, weil das Saarland „in exemplarischer Weise Loyalität zum Gemeinschaftsrecht“ gezeigt hätte, übten nicht nur der Bevollmächtigte der Bundesrepublik Deutschland, *Moritz Lumma*, sondern auch der Bevollmächtigte Irlands massiv Kritik an diesem Vorgehen: Es gefährde die Rechtssicherheit, wenn nationale Behörden nach eigenem Gutdünken Gemeinschaftsrecht auslegten, obwohl der Vertrag insoweit das Verfahren der Vorabentscheidung vorsehe.

### **Schlussantrag des Generalanwalts**

Der Generalanwalt, *Yves Bot*, kündigte für den 16. Dezember seinen Schlussantrag an. Mit der Entscheidung des EuGH ist vor 2009 daher nicht zu rechnen.

Damit bleibt nichts anderes als abzuwarten und angesichts so viel unabhängiger Abhängiger und abhängiger Unabhängiger auf die Unabhängigkeit der Richter zu vertrauen, auf dass die Unabhängigkeit der Heilberufe erhalten bleiben möge!

*Dres. Valentin Saalfrank und Sabine Wesser, Köln*