

Ist das apothekenrechtliche Fremdbesitzverbot vor dem Ende?

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht Dr. Valentin Saalfrank
und Privatdozentin Dr. Sabine Wesser, Köln

I. Einführung

Das Apothekenrecht kommt nicht zur Ruhe. Nachdem der Gesetzgeber im Jahr 2004 das Versandhandelsverbot abgeschafft und Mehrbesitzverbot eingeschränkt hat, soll nunmehr das Fremdbesitzverbot und damit das dem deutschen Apothekenrecht zugrunde liegende Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“¹ zum Abschluss frei gegeben werden. Eingeläutet worden ist diese weitere Runde im Kampf um den deutschen Apothekenmarkt – mit einem Gesamtumsatz von rund 35 Milliarden Euro in 2006² einer der größten der Welt – durch eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im April 2005³, in welcher er festgestellt hat, dass es mit der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar sei, wenn die Möglichkeit, „dass eine juristische Person in Griechenland ein Optikergeschäft eröffnet“, u.a. davon abhängt, „dass die Gesellschaft die Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft hat“. Unter Berufung auf ein sich im wesentlichen auf diese Entscheidung stützendes Gutachten von *Rudolf Streinz* hat das Saarländische Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales das Fremdbesitzverbot für gemeinschaftswidrig erklärt und im Juni 2006 einer Kapitalgesellschaft, der in den Niederlanden niedergelassenen DocMorris N.V., die Erlaubnis zum Betrieb einer Filialapotheke in Saarbrücken erteilt. Im Versandwege bedient die DocMorris NV schon länger den deutschen Markt⁴, ihre Leistungen u.a. damit bewerbend, dass sie aufgrund ihres niederländischen Standorts nicht der Preisbindung für rezeptpflichtige Arzneimittel unterliege⁵. Im Mai 2007 ist DocMorris zu rund 90 % von der Celesio AG übernommen worden, einer Holding,

¹ Vgl. BVerfGE 17, 232 ff. Rdn. 37 (zitiert nach juris).

² Vgl. Apotheken Wirtschaftsbericht der ABDA 2006/2007, S. 10, abrufbar im Internet unter www.abda.de.

³ Urt. v. 21.4.2005 in der Rs. C 140/03, Kommission/Hellenische Republik („Optikerurteil“), Slg. 2005, I-3177.

⁴ Allein im Jahr 2006 betrug der Umsatz von DocMorris 172 Millionen Euro. Dabei wird - nach einem Bericht in der ZEIT - das Geschäft zu 75% mit chronisch Kranken gemacht, vgl. *Pickartz*, Aufruhr per Rezept, DIE ZEIT (online) vom 15.12.2005 Nr. 51.

⁵ Was von einem Teil der Rechtsprechung jedoch als wettbewerbswidrig angesehen wird, vgl. LG Berlin, Urt. vom 28.8.2007 – 16 O 153/07 und LG Saarbrücken, Urt. v. 31.1.07 – 71 O 103/06, A&R 2007, 87 ff. gegen OLG Hamm, Urt. v. 21.9. 2004 – 4 U 74/04, GesR 2005, 31 ff.

die nach eigenen Angaben zu den größten europäischen Pharma-Großhändlern zählt (in Deutschland: GEHE Großhandel), seit 1995 aber auch im Einzelhandel tätig ist. Celesio gehören in Europa mittlerweile mehr als 2200 Apotheken, allerdings beschränkt auf jene Länder, in denen der Betrieb einer Apotheke nicht einem Apotheker vorbehalten ist⁶; für Celesio ist der Kauf von DocMorris daher ein wichtiger strategischer Schritt im Hinblick auf die erwartete „Liberalisierung“ des deutschen Apothekenmarktes⁷. Flankiert wird der Vormarsch von Celesio durch den Abschluss sogenannter Partnerverträge mit vor Ort ansässigen Apotheken, die dann in einheitlichem Outfit unter dem Firmenlogo von DocMorris auftreten⁸. Aber nicht nur Celesio macht mobil. Andere Pharmagroßhändler bereiten ihre Offensive nur weniger offensichtlich vor; sie haben, wie die momentanen Absatzschwierigkeiten des GEHE Großhandels zeigen, berechtigt Sorge, mit der Kundgabe von auf das Apothekengeschäft gerichteten Expansionsbestrebungen ihre deutschen Kunden – die (noch) selbständigen Apotheker und Apothekerinnen – zu verprellen. Die ebenfalls zu den europäischen Größen im Arzneimittelgroßhandel zählende PHOENIX group beispielsweise baut das Apothekengeschäft durch ihre 100%ige Tochter Tamro aus, welche in Lettland die Apothekenkette „Gimenes“ ihr eigen nennt⁹ und in Norwegen jedenfalls im Geschäftsjahr 2002/2003 zu 78 % an der Apothekenkette „Apokjeden“ beteiligt war¹⁰. Auch in Deutschland treibt Phoenix den Marktzugang voran: „Zwar treten der Marketingverein deutscher Apothekenketten (MVDA) und die Apothekengruppe Linda mit insgesamt rund 3400 Mitgliedern eigenständig auf, sind jedoch eng an Phoenix gebunden“¹¹. Auf den Fall des Fremdbesitzverbotes hoffen indes nicht nur die Pharmagroßhändler und die mit diesen z.T. verbundenen Pharmahersteller (Phoenix beispielsweise ist über die Konzernmutter Merckle mit dem Generikahersteller ratio-pharm verflochten), sondern auch „Branchenfremde“, wie insbesondere die

⁶ Vgl. Celesio Zwischenbericht 1. – 3. Quartal 2007, Zwischenlagebericht, Celesio Apotheken, abrufbar unter www.celesio.com. Zu den von Celesio betriebenen Apothekenketten zählen u.a. die Lloyds Apotheken B.V. in den Niederlanden, die Lloyds Pharma S.A. in Belgien, die Lékárny Lloyds s.r.o in Tschechien, die Lloyds Pharmacy Limited in Großbritannien und die Vitusapotek AS in Norwegen.

⁷ Celesio, Pressemitteilung vom 13.11.07.

⁸ Über 60 Apotheker und Apothekerinnen haben bereits einen solchen Partnervertrag mit DocMorris abgeschlossen, geplant sind für die nächsten Jahre 500 weitere Anschlüsse, vgl. Celesio Zwischenbericht 1. – 3. Quartal 2007, Zwischenlagebericht, Celesio Apotheken.

⁹ Vgl. Jahresbericht 2005/2006, S. 19, abrufbar unter www.phoenix-ag.de.

¹⁰ Vgl. Jahresbericht 2002/2003, S. 27.

¹¹ Heiny, Wachsende Unruhe, in: medbiz (FINANCIAL TIMES Deutschland) 10/07, S. 5.

großen Drogerieketten (Dm, Rossmann, Schlecker) und Lebensmittelhändler (z.B. die Rewe-Gruppe)¹².

Da eine Kapitalgesellschaft über eine ganz andere Kapitalkraft verfügt als eine natürliche Person, dürfte bei einer Aufhebung des Fremdbesitzverbotes entsprechend dem „Gesetz des Stärkeren“ der unabhängige Apotheker bzw. die unabhängige Apothekerin alsbald zu einer vom Aussterben bedrohten Spezies zählen¹³. An ihre Stelle könnten dann „vertikal integrierte Arzneimittelunternehmen“ treten, bei denen von der Produktion über den Großhandel bis zur Abgabe der Arzneimittel an den Endverbraucher alles unter einem Dach erfolgte, zentral gesteuert von einer „Führungsholding“. Beides, der Verlust unabhängiger Apothekerschaft wie auch die „Vertikalisierung“ des Arzneimittelmarktes, lässt sich, wenn überhaupt, nur schwer wieder rückgängig machen¹⁴.

Es wundert daher schon, dass das Vorgehen des Saarländischen Gesundheitsministers *Josef Hecken*¹⁵ (CDU) ausgerechnet im Kreis von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Unterstützung gefunden hat, welche keine drei Monate nach Erteilung der Betriebserlaubnis an die DocMorris N.V. nicht nur durch einzelne Abgeordnete, sondern auch als Fraktion die Aufhebung des Fremdbesitzverbotes beantragten¹⁶. Ob der Umstand eine Rolle spielt, dass die Celesio AG ihren Sitz im Wahlkreis von *Birgitt Bender*, der gesundheitspolitischen Sprecherin der GRÜNEN, hat und mit *Niombo Lomba* ein ehemaliges Mitglied des Bun-

¹² Vgl. *Heiny*, aaO, S. 4 f. sowie *Hollstein*, Kettenkonzerne drängen in den Apothekenmarkt, PZ 26/2006, abrufbar unter www.pharmazeutische-zeitung.de.

¹³ In Norwegen waren nach Aufhebung des Fremd- und Mehrbesitzverbotes zum 1. März 2001 innerhalb eines halben Jahres 60 % aller Apotheken Teil einer Kette; jetzt sind von 578 Apotheken gerade mal 18 noch gänzlich unabhängig von den Großhändlern, vgl. *Sauer*, Rückenwind gegen Fremdbesitz, PZ 47/2007, www.pharmazeutische-zeitung.de.

¹⁴ Vgl. *Hollstein*, aaO.

¹⁵ „Ich habe einen Stein ins Wasser geworfen“, vgl. Spiegel ONLINE Wirtschaft v. 9.8.2006. Die Frage ist nur, ob der Gesundheitsminister vielleicht im Glashaus sitzt, wenn er eigene rechtspolitische Wertung (wie etwa die Wertung, welche Erfordernisse eine Kapitalgesellschaft erfüllen muss, um zum Betrieb einer Apotheke zugelassen zu werden) an die Stelle der Wertung des Gesetzgebers setzt, er sich mithin nicht darauf beschränkt, gemeinschaftswidriges nationales Recht unangewendet zu lassen, sondern eine - infolge solcher Unanwendbarkeit entstandene - Regelungslücke nach seinem Ermessen ausfüllt, obwohl rechtspolitische Gestaltung nach dem Grundsatz der Funktionenteilung allein Sache des Gesetzgebers ist. Die zweite Vorlagefrage des VG Saarbrücken (Beschl. v. 20.3.2007 – 3 K 361/06, A&R 2007, 140 ff.) umfasst daher nicht das ganze Problem: Die Frage ist nicht nur, ob eine nationale Behörde nach *Gemeinschaftsrecht* berechtigt und verpflichtet ist, eine von ihr für gemeinschaftswidrig erachtete nationale Vorschrift außer Anwendung zu lassen, sondern die Frage ist auch, ob sie nach *nationalem* Recht die Zuständigkeit besitzt, an die Stelle der unanwendbaren Regelung eine andere zu setzen. Bisher jedenfalls hat der EuGH die Träger der öffentlichen Gewalt in den Mitgliedstaaten nur „im Rahmen ihrer Zuständigkeiten“ als nach Art. 10 EG verpflichtet angesehen, vgl. EuGH, Urt. v. 9.3.2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01, Pfeiffer u.a., Rdn. 110 ff.

¹⁶ Vgl. BT-Drs. 16/2506.

desvorstandes von Bündnis 90/Die Grünen bei Celesio beschäftigt ist¹⁷, mag dahingestellt sein. Im Deutschen Bundestag jedenfalls fand der Antrag keine Mehrheit¹⁸.

Eine weitere Etappe auf dem Weg zur Beseitigung des Fremdbesitzverbots scheint nun erreicht mit dem Beschluss des Verwaltungsgerichts Saarbrücken vom März 2007, dem Europäischen Gerichtshof u.a. die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften so auszulegen seien, dass sie einem Fremdbesitzverbot für Apotheken entgegenstünden¹⁹.

Der Fall des Fremdbesitzverbotes scheint damit besiegelt zu sein²⁰. Ist dies aber wirklich so?

Die rechtliche Würdigung ist schwierig. Es liegen zahlreiche, oft aus Rechtsgutachten für die eine oder die andere Partei entsprungene Monographien bzw. Aufsätze vor, von denen ein Teil das Fremdbesitzverbot als mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ansieht²¹, ein anderer Teil dagegen nicht²². Gegenstand nachfolgender Erörterung ist allein das geltende Recht. Rechtspolitische Erwägungen sind ausdrücklich ausgeklammert²³.

¹⁷ Vgl. *Hollstein*, Lobbyismus, Grüne Kontakte für Celesio, APOTHEKE ADHOC v. 23. 10. 2007.

¹⁸ Vgl. Plenarprotokoll 16/54, S. 5253 ff.

¹⁹ Vgl. Beschl. v. 20.3.2007 – 3 K 361/06, A&R 2007, 140 ff.

²⁰ Vgl. z.B. *Kleine-Cosack*, AnwBl 2007, 737 ff., der gleich das gesamte freiberufsspezifische Gesellschaftsrecht „auf dem Prüfstand“ sieht.

²¹ Vgl. *Detting/Mand*, Fremdbesitzverbote und präventiver Verbraucherschutz, 2006; *Friauf*, Das apothekenrechtliche Verbot des Fremd- und Mehrbesitzes, 1992; *Starck*, Rechtliche Bewertung der Niederlassungsfreiheit und des Fremdbesitzverbots im Apothekenrecht, 2007; *ders.*, Die Vereinbarkeit des apothekenrechtlichen Fremd- und Mehrbetriebsverbotes mit den verfassungsrechtlichen Grundrechten und dem gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsrecht, 1999; *Zuck/Lenz*, Der Apotheker in seiner Apotheke, 1999; *Rose/Fischer*, DocMorris und der Fremdbetrieb von Apotheken, A&R 2007, 107 ff.

²² *Streinz/Herrmann*, Und wieder Doc Morris: Das apothekenrechtliche Mehr- und Fremdbesitzverbot aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts, EuZW 2006, 455 ff.; *Diekmann/Reinhardt*, Fremdbesitz, Apotheken und Niederlassungsfreiheit, WRP 2006, 1165 ff.; *Taupitz*, Das apothekenrechtliche Verbot des „Fremd- und Mehrbesitzes“ aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, 1998.; *Koenig/Klahn/Töfflinger*, Der Fremd- und Mehrbesitz an öffentlichen Apotheken unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 21.4.2005 in der Rs. C-140/03 Kommission/Griechenland („Optiker-Urteil“), GesR 2007, 450 ff.

²³ Zur den für die Aufhebung des Fremdbesitzverbotes geltend gemachten Gründen, dies würde zu mehr Wettbewerb und damit zu einer drastischen Kostensenkung im Gesundheitswesen führen (so z.B. die Bundestagsabgeordnete *Birgitt Bender*, vgl. Plenarprotokoll 16/54, S. 5253) siehe die von der PGEU (Pharmaceutical Group of the European Union) in Auftrag gegebene Fallstudie des Österreichischen Bundesinstituts für Gesundheitswesen (ÖBIG) vom Februar 2006, die in keinem der untersuchten Länder (Irland, Niederlande, Norwegen) eine signifikante Preissenkung für OTC-Produkte ergab. Die gemeinhin als Ziel einer Deregulierung angegebenen Ziele der Wettbewerbssteigerung und Kostensenkung werden dieser Studie zufolge nicht nur verfehlt, sondern es werden sogar gegenteilige Effekte erzielt, vgl. Executive Summary, S. V.

II. Das Verbot des Fremdbesitzes nach deutschem Recht

1. Rechtsgrundlage

Das Gesetz über das Apothekenwesen (ApoG) verbietet nicht ausdrücklich den Betrieb einer Apotheke durch eine Kapitalgesellschaft. Ein solches Verbot lässt sich mittelbar aber daraus entnehmen, dass der Betrieb einer Apotheke gem. § 1 II ApoG an die Erlaubnis der zuständigen Behörde gebunden ist, diese Erlaubnis gem. § 1 III ApoG nur für den Apotheker gilt, dem sie erteilt ist und die erteilte Erlaubnis gem. § 7 S. 1 ApoG zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung verpflichtet. Aus dieser Pflicht zur persönlichen Leitung der Apotheke folgt z.B., dass dann, wenn der Erlaubnisinhaber wegen Krankheit oder aus einem sonstigen wichtigen Grunde über einen längeren Zeitraum nicht in der Lage ist, die Apotheke persönlich zu leiten, er die Apotheke nicht auf eigene Rechnung mit Hilfe eines angestellten Apothekers als Verwalter betreiben darf²⁴, sondern, sofern er die Apotheke nicht veräußern will, diese gem. § 9 I Nr. 1 ApoG verpachten muss. Die Pflicht zur persönlichen Leitung der Apotheke wird ferner abgesichert durch § 8 ApoG, wonach mehrere Personen zusammen eine Apotheke nur in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer Offenen Handelsgesellschaft betreiben dürfen und auch dies nur dann, wenn jede dieser Personen Inhaberin einer entsprechenden Apothekenbetriebserlaubnis und damit gem. § 7 ApoG zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung verpflichtet ist. Des weiteren ordnet das Gesetz an, dass sowohl die Beteiligung an einer Apotheke in Form einer Stillen Gesellschaft unzulässig ist als auch sonstige Vereinbarungen, durch welche ein „Fremder“, d.h. eine nicht mit dem (oder den) Inhaber(n) der Betriebserlaubnis identische Person, am Umsatz oder am Gewinn der Apotheke beteiligt wird. Selbst eine Verpachtung lässt das Gesetz nur im Ausnahmefall zu (vgl. § 9 ApoG). In diesem Zusammenhang zu erwähnen sind ferner die §§ 10, 11 I ApoG, welche dem Apotheker verbieten, sich zur ausschließlichen oder bevorzugten Abgabe bestimmter Arzneimittel zu verpflichten.

Die genannten Vorschriften ergeben in ihrem Gesamtzusammenhang eine Regelung, die als „Verbot des Fremdbesitzes“ bezeichnet wird und das gesetzge-

²⁴ § 2 V Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) erlaubt eine solche Vertretung nur für insgesamt drei Monate im Jahr.

berische Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“ kennzeichnet²⁵: Eine Apotheke soll nur von solchen Personen betrieben werden können, welche als Apotheker approbiert sind, d.h. die für die Ausübung dieses Berufs erforderliche Ausbildung und Zuverlässigkeit aufweisen (vgl. § 4 Bundesapothekerordnung – BApoO) und durch Übernahme nicht nur der vollen pharmazeutischen, sondern auch der wirtschaftlichen Verantwortung mit ihrer Person dafür einstehen, dass die Apotheke die ihr im öffentlichen Interesse durch § 1 I ApoG übertragene Aufgabe der Sicherstellung ordnungsgemäßer Arzneimittelversorgung der Bevölkerung erfüllt.

Dass es den Apothekern seit Inkrafttreten des GKV-Modernisierungsgesetzes im Jahre 2004 gestattet ist, neben ihrer Hauptapotheke, die sie persönlich zu leiten haben, bis zu drei Filialapotheken zu gründen, hat an diesem Leitbild nichts geändert²⁶. Denn erstens muss für die Leitung der Filialapotheke ein Apotheker als Verantwortlicher benannt werden (§ 2 V Nr. 2 ApoG), der gem. § 7 S. 2 ApoG - zusätzlich zum Betreiber²⁷ - zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung verpflichtet ist. Und zweitens erlaubt das Gesetz die Errichtung von Filialapotheken nur unter der einschränkenden Bedingung räumlicher Nähe und einer Maximalzahl von drei. Durch diese Beschränkungen hat der Gesetzgeber auch weiterhin die persönliche Verantwortung des Apothekers für seine Apotheke gewährleisten und die Beeinflussung durch Dritte verhindern wollen²⁸. Auch tatsächlich hat die Zulassung des beschränkten Mehrbetriebs keinen Einfluss gehabt auf das Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“; denn laut dem Wirtschaftsbericht der ABDA²⁹ haben bis zum Ende des Jahres 2006 nur 1530 Apotheker und Apothekerinnen von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, eine Filialapotheke zu eröffnen (von denen sich wiederum der Großteil auf den Betrieb einer Filialapotheke beschränkte), während 18.225 Apotheken (= 92,25%) ohne Filiale betrieben wurden.

2. Rechtfertigung

Gegen das Fremdbesitzverbot wird häufig vorgebracht, dass es lediglich berufsständischen Interessen diene, „nur aufgrund guter Lobbyarbeit und enger

²⁵ BVerfGE 17, 232 ff., Rdn. 10 und 37 (zitiert nach juris).

²⁶ Vgl. auch *Detting/Mand*, Fremdbesitzverbote und präventiver Verbraucherschutz, S. 178 f.

²⁷ Vgl. *Cyran/Rotta*, Apothekenbetriebsordnung, 4. Auflage (Stand 2007), § 2 Rdn. 38 ff.

²⁸ Vgl. BT-Drs. 15/1525, S. 160 zu Nummer 3.

²⁹ ABDA-Wirtschaftsbericht 2006/2007, S. 36, abrufbar im Internet unter: <http://www.abda.de>.

Klientelbeziehungen entstanden und keinen sachlichen Erwägungen geschuldet“ sei³⁰. Fraglich ist jedoch, ob diese Auffassung zutrifft.

a) Die Besonderheit der Ware „Arzneimittel“

Denn beim Arzneimittel handelt es sich nicht um eine gewöhnliche Ware, sondern um eines „der wichtigsten Hilfsmittel der ärztlichen Kunst“³¹: Arzneimittel sind dazu bestimmt, durch Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper u.a. Krankheiten zu heilen, zu lindern, zu verhüten oder zu erkennen (vgl. § 2 I des Gesetzes über den Verkehr mit Arzneimitteln - AMG). Vom Medizinprodukt unterscheidet sich das Arzneimittel dadurch, dass seine bestimmungsgemäße Hauptwirkung durch pharmakologisch, metabolisch oder immunologisch wirkende Mittel erreicht wird (vgl. § 3 Nr. 1 des Gesetzes über Medizinprodukte - MPG). Die Anwendung genauso wie die Nichtanwendung eines Arzneimittels hat daher unmittelbar Einfluss auf den menschlichen Organismus. Sie kann – allein oder im Zusammenwirken mit anderen Arzneimitteln³² – Wirkungen hervorrufen, die diesen Organismus schädigen, im Extremfall sogar zusammenbrechen lassen³³. Für einen pharmakologisch Unkundigen sind diese Wirkungen jedoch weder vorhersehbar, noch, wenn sie denn eingetreten sind, als Wirkung der Anwendung oder Nichtanwendung eines Arzneimittels erkennbar³⁴. Diese im Arzneimittel kraft seines Wesens angelegte und für den Sachkundigen nicht kalkulierbare Gefährlichkeit unterscheidet es von sonstigen Gegenständen des Warenverkehrs: So sehr, wie ein Arzneimittel Leib und Leben nützen kann, kann es diese auch schädigen. Dass auch das Gesetz die Arzneimittel als Waren besonderer Art ansieht, zeigt sich u.a. daran, dass es deren Inverkehrbringen grundsätzlich erst dann erlaubt, wenn sie auf Qualität, Wirksamkeit und Vertretbarkeit ihrer Nebenwirkungen geprüft sowie von der zuständigen Behörde zugelassen worden sind (vgl. §§ 21 ff. AMG).

³⁰ So die Bundestagsabgeordnete *Birgitt Bender*, vgl. Plenarprotokoll 16/54 S. 5254.

³¹ BVerfGE 17, 232 ff., Rdn. 32.

³² Internistische Patienten z.B. nehmen im Durchschnitt zwölf verschiedene Medikamente ein.

³³ Der Bremer Gesundheitsforscher *Gerd Glaeske* schätzt die Zahl der durch Arzneimittelgebrauch hervorgerufenen Todesfälle auf 16.000 bis 25.000 pro Jahr, vgl. sueddeutsche.de vom 9.11.2007.

³⁴ Vgl. auch *Detting/Mand*, S. 64: „Probleme im Verborgenen“.

b) Die Sicherstellung ordnungsgemäßer Arzneimittelversorgung der Bevölkerung

Wegen dieser Besonderheit von Arzneimitteln sind durch Gesetz Vorkehrungen getroffen worden, um eine ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherzustellen. Dazu zählt u.a. die Bestimmung, dass Arzneimittel an den Endverbraucher grundsätzlich nur in Apotheken abgegeben werden dürfen (§ 43 I AMG). Durch Zwischenschaltung solcher besonderen Abgabestellen soll gewährleistet werden, dass Arzneimittel immer dann, aber auch nur dann zur Anwendung kommen, wenn dies aus medizinischen Gründen erforderlich ist³⁵. Aufgabe der Apotheken ist damit nicht nur der Vollzug ärztlicher Verordnungen, sondern ebenso deren Kontrolle, so dass bei den besonders risikobehafteten Arzneimitteln, den verschreibungspflichtigen, der Anwender doppelt abgesichert ist gegen arzneimittelbedingte Gesundheitsschäden. Durch die Apothekenpflicht soll ferner gewährleistet werden, dass derjenige, der ein Arzneimittel anwenden will, über dessen sachgerechte Anwendung informiert wird³⁶. Dies wird vor allem dann relevant, wenn das Arzneimittel nicht aufgrund ärztlicher Verordnung, sondern zum Zwecke der Selbstmedikation nachgefragt wird, es mithin nicht um die Abgabe verschreibungspflichtiger Medizin geht (in Abkürzung der Formel „prescription-only-medicines“ auch als POM bezeichnet), sondern um ein sog. „over-the-counter“, d.h. OTC-Produkt. In diesen Fällen trägt die Apotheke die alleinige Verantwortung für eine richtige und bedarfsgerechte Arzneimittelanwendung³⁷. Weitere Aufgabe der Apotheken ist die Prüfung von Arzneimitteln (§§ 10 ff. der Verordnung über den Betrieb von Apotheken - ApoBetrO), die Mitwirkung im Risikoerfassungssystem des Arzneimittelgesetzes³⁸ durch Sammlung von Informationen über Beanstandungen usw., die Benachrichtigung der zuständigen Behörde und das Ergreifen von Maßnahmen zur Gefahrenabwehr (vgl. § 21 ApoBetrO).

aa) Durch Gewährleistung sachkundiger Beratung bei der Arzneimittelabgabe? Der Zweck des Fremdbesitzverbotes wird nun z.T. darin gesehen zu gewährleisten, dass Arzneimittel ausschließlich von professionellem und qualifizier-

³⁵ Weswegen das Apothekenpersonal einem erkennbaren Arzneimittelmissbrauch gem. § 17 VIII ApoBetrO entgegenzutreten hat.

³⁶ Aus diesem Grund ist bei apothekenpflichtigen Arzneimitteln eine Selbstbedienung untersagt, vgl. 52 I AMG und § 17 V ApoBetrO.

³⁷ Vgl. auch *Detting/Mand*, S. 52.

³⁸ Vgl. *Cyran/Rotta*, Apothekenbetriebsordnung, 4. Auflage (Stand 2007), § 21 Rdn. 1.

tem Personal an den Endverbraucher abgegeben werden. Der Einwand, dass die Besitzverhältnisse auf die Qualität der Beratung keinen Einfluss hätten³⁹, liegt daher auf der Hand; denn sachkundige Beratung bei der Arzneimittelabgabe kann auch durch einen angestellten Apotheker gewährleistet werden. Davon geht selbst der deutsche Verordnungsgeber aus: Gemäß §§ 3 V, IV ApBetrO sind nicht nur selbständige Apotheker, sondern auch angestellte Apotheker, Apothekerassistenten und Pharmaingenieure zur Abgabe von Arzneimitteln befugt. Nur einem Teil des pharmazeutischen Personals wird die Befugnis abgesprochen, Arzneimittel abzugeben (vgl. § 3 V S. 3 ApBetrO) bzw. eine Abgabe nur unter Beaufsichtigung eines Apothekers erlaubt (vgl. § 3 V S. 2 ApBetrO).

Dass das Fremdbesitzverbot nicht in erster Linie der Gewährleistung sachkundiger Beratung zu dienen bestimmt ist, zeigt sich ferner daran, dass es nach dem Gesetz nicht ausreicht, dass die Apotheke einem „Sachkundigen“, d.h. einem Apotheker gehört, sondern die Apotheke muss gerade dem Apotheker gehören, der für die persönliche Leitung dieser Apotheke gem. § 7 S. 1 ApoG als „Betreiber“ (vgl. § 7 S. 2 2. HS ApoG) *verantwortlich* ist; andernfalls wäre kaum erklärlich, warum das Gesetz die Verpachtung einer Apotheke grundsätzlich auch dann verbietet, wenn ein Apotheker der Verpächter ist (vgl. § 9 I Nr. 1 ApoG).

bb) Durch Gewährleistung unabhängiger Beratung und Kontrolle

Damit wird offenbar, dass sich allein mit der Gewährleistung sachkundiger Beratung das gesetzgeberische Leitbild vom Apotheker in „seiner“ Apotheke nicht erklären lässt. Das Fremdbesitzverbot dient vielmehr dazu, den Apotheken die Erfüllung der ihnen vom Gesetz zugewiesenen Aufgabe zu ermöglichen, an der Schnittstelle zwischen den Arzneimittel herstellenden Unternehmen, den Arzneimittel verordnenden Ärzten und den Arzneimittel anwendenden Patienten als „letzte Kontrollinstanz“ tätig zu werden und dadurch eine ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen. Denn die Wahrnehmung einer solchen Kontrollfunktion erfordert nicht nur Sachkunde, sondern vor allem auch Unabhängigkeit, und zwar Unabhängigkeit von *allen* am Arzneimittelverkehr beteiligten Personen: Den Ärzten, den Hers-

³⁹ Vgl. die Ausführungen der Bundestagsabgeordneten *Birgitt Bender*, Plenarprotokoll 16/54, S. 5253.

tellern, dem Großhandel, den Patienten. Deswegen die sehr restriktiven Regelungen in den §§ 8, 9, 10 und 11 ApoG.

Das Fremdbesitzverbot beruht damit auf der Annahme, dass sich wirtschaftliche und pharmazeutische Verantwortung nicht klar voneinander trennen lassen, sondern vielfach miteinander verflochten sind, wirtschaftliche Entscheidungen insbesondere auch den Rahmen vorgeben für pharmazeutische Entscheidungen⁴⁰, z.B. hinsichtlich der Frage, welche Arzneimittel bevorratet werden (und daher sofort an den Verbraucher abgegeben werden können), wieviel Personal vorgehalten wird, welche Arzneimittel geprüft und ggf. bei der zuständigen Behörde beanstandet werden usw. Zwar kann das Gesetz weder verhindern, dass Fremde wirtschaftlich auf den Betrieb der Apotheke Einfluss zu nehmen suchen, noch kann es verhindern, dass Fremde einen solchen Einfluss haben; was es aber verhindern kann, ist, dass dieser Einfluss vom Recht gebilligt wird und damit die Chance erhält, sich auch gegen den Willen des die pharmazeutische Verantwortung tragenden Apothekers durchzusetzen⁴¹. Im Interesse der Sicherstellung ordnungsgemäßer Arzneimittelversorgung der Bevölkerung soll der die pharmazeutische Verantwortung tragende Apotheker von Rechts wegen nur sich selbst gegenüber verantwortlich sein für die Wirtschaftlichkeit seines Handelns. Dadurch soll im Wege der Prävention verhindert werden, dass sich in dem – mit dem Betrieb einer öffentlichen Apotheke *notwendigerweise* einhergehenden – Konflikt zwischen dem öffentlichen Interesse an der Sicherstellung ordnungsgemäßer Arzneimittelversorgung und dem individuellen Interesse an gewinnbringendem Warenabsatz letzteres auf Kosten des ersteren durchsetzt. Sicher: Auch ein Fremdbesitzverbot kann nicht in jedem Fall eine Vernachlässigung des Gemeinwohlauftrags verhindern; doch da eine solche Vernachlässigung den Handelnden als unzuverlässig in bezug auf das Betreiben einer Apotheke erweisen würde, riskierte er damit nicht nur seine Apothekenbetriebslaubnis (vgl. § 4 ApoG), sondern auch seine Approbation (vgl. § 6

⁴⁰ Die auf den Schlussantrag des Generalanwalts *D. Ruiz-Jarabo Colomer* in der Rechtssache C-140/03 gestützte Unterscheidung des OVG Saarlouis (Beschl. v. 22.01.2007 – 3 W 15/06) zwischen einem „externen“, d.h. auf die Beziehungen zu den Patienten gerichteten und einem „internen“, d.h. das Eigentum an dem Geschäft betreffenden Geschäftsbereich (vgl. Rdn. 222 ff. der Entscheidungsgründe, zitiert nach juris) erscheint daher gekünstelt und wenig lebensnah, vgl. auch *Dettling/Mand*, S. 83 ff.

⁴¹ Das Argument des von der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen zum „Grünen Fachgespräch“ über die Zukunft des Apothekenmarktes im Oktober 2007 eingeladenen Vorstandsvorsitzenden der Celesio AG, *Fritz Oesterle*, es mache keinen Unterschied, ob der Apotheker vom Kapital beherrscht werde oder von seiner Ehefrau (vgl. *Hollstein*, Celesio kritisiert Beratung, APOTHEKE ADHOC v. 23.10.2007), vermag daher nicht wirklich zu überzeugen.

BApO), mithin seine gesamte berufliche Existenz. Wegen dieser einschneidenden Sanktion – die eine juristische Person nicht in gleichem Maße bedrohen würde, weil sich eine solche erstens nach Belieben neu gründen lässt und zweitens ein Approbationsentzug nur natürliche Personen, d.h. die Organwalter der juristischen Person betreffen würde, Organwalter aber ohne weiteres austauschbar sind – ist die gesetzliche Regelung, wonach die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke nur einer (oder mehreren) *natürlichen* Person(en) erteilt werden kann, eine durchaus wirksame Vorkehrung dagegen, dass dem Interesse an einer Gewinnmaximierung zu Lasten der öffentlichen Gesundheit der Vorrang eingeräumt wird⁴². Damit ist das Fremdbesitzverbot ein geeignetes Mittel zur Sicherstellung ordnungsgemäßer Arzneimittelversorgung. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit des Fremdbesitzverbots daher schon 1964 anerkannt⁴³.

Diejenigen, die wie z.B. die Abgeordnete *Birgitt Bender* meinen, der Verbraucherschutz in Apotheken müsse kein anderer sein als in Bäckereien und Supermärkten⁴⁴, verkennen die Besonderheit der Ware Arzneimittel, die im Interesse der Volksgesundheit die Institutionalisierung einer Kontrollinstanz erfordert, die nicht nur sachverständig, sondern auch unabhängig ist in ihrer Beurteilung. Und diejenigen, die wie das OVG Saarlouis meinen, in anderen Gesundheitsberufen sei absolute Verantwortlichkeit auch nicht unvereinbar mit einem Angestelltenverhältnis, was sich z.B. daran zeige, dass auch dem angestellten Krankenhausarzt Operationen anvertraut seien⁴⁵, verkennen, dass der Apothekerberuf wegen seiner auf Warenabsatz gerichteten kaufmännischen Tätigkeit einen „atypischen“ Freien Beruf darstellt⁴⁶, bei welchem Einkünfte nicht in erster Linie durch Leistung von Diensten, sondern durch Warenverkauf erzielt werden. Nicht ohne Grund ist die im Jahr 1231 durch die Medizinalordnung des Hohenstaufenkaisers Friedrich II. herbeigeführte Trennung zwischen dem Beruf des Arztes und des Apothekers als große Errungenschaft gefeiert worden.

⁴² Vgl. auch *Dettling/Mand*, S. 130.

⁴³ Vgl. BVerfGE 17, 232 ff.

⁴⁴ Vgl. Plenarprotokoll 16/54, S. 5253.

⁴⁵ Vgl. Beschl. v. 22. 01. 2007 - 3 W 15/06, Rdn. 274 (zitiert nach juris).

⁴⁶ *Starck*, Die Vereinbarkeit des apothekenrechtlichen Fremd- und Mehrbetriebsverbotes mit den verfassungsrechtlichen Grundrechten und dem gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsrecht, S. 26.

Auch der nicht selten gebrachte Einwand, bei Krankenhausapotheken, die gem. § 14 ApoG durch den Träger des Krankenhauses und damit in der Regel durch eine Kapitalgesellschaft betrieben werden können, sei die Arzneimittelversorgung ja auch nicht gefährdet, greift nicht durch. Denn die Krankenhausapotheke ist gem. § 26 I ApoBetrO die Funktionseinheit eines Krankenhauses. Das wirtschaftliche Interesse, das der Betreiber einer Krankenhausapotheke verfolgt, ist daher ein grundsätzlich anderes als das des Betreibers einer öffentlichen Apotheke: Eine Steigerung des Warenabsatzes bedeutet für ihn nicht Gewinnsteigerung, sondern Kostensteigerung⁴⁷.

Kommen wir nun zu der Frage, ob das Fremdbesitzverbot vereinbar ist mit europäischem Gemeinschaftsrecht:

III. Unvereinbarkeit mit europäischem Gemeinschaftsrecht?

1. Mit sekundärem Gemeinschaftsrecht?

Zum sekundären Gemeinschaftsrecht zählen insbesondere die Richtlinien, die der Rat der Europäischen Gemeinschaft gem. Art. 44 I EG⁴⁸ zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und gem. Art. 47 II EG zu deren Erleichterung durch Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten erlassen hat. Eine solche Richtlinie ist die Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen⁴⁹, doch gewährleistet diese nach Satz 1 ihres 26. Erwägungsgrundes nicht die Koordinierung aller Bedingungen für die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeiten eines Apothekers; nach Satz 3 dieses Erwägungsgrundes berührt sie daher auch nicht die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die Gesellschaften die Ausübung bestimmter Tätigkeiten des Apothekers verbieten.

Fehle es an einer gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung, ist es nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, in den durch den Vertrag gesetzten Grenzen und unter Berücksichtigung der Erfordernisse der Niederlassungsfreiheit innerhalb der Europäischen Gemeinschaft

⁴⁷ Vgl. *Starck*, aaO., S. 19 und 25.

⁴⁸ Da die Artikel des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft durch den Vertrag von Amsterdam zahlreiche Umnummerierungen erhalten haben, wird hier - entsprechend der vom EuGH gepflegten Zitierweise (vgl. [www://curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), unter Rechtsprechung-Informationen) - mit „EG“ der Vertrag in der nach dem 1. 5. 1999 geltenden Fassung bezeichnet, während sich „EGV“ auf den Vertrag in seiner vor dem 1.5.1999 geltenden Fassung bezieht.

⁴⁹ ABI. L 255 vom 30.9.2005, S. 22.

zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen gewährleisten wollen⁵⁰.

2. Mit primärem Gemeinschaftsrecht?

Als eine solche, „durch den Vertrag“ gesetzte Grenze kommt Art. 43 i.V.m. Art. 48 II EG in Betracht:

a) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

Zwar bestimmt Art. 43 II EG, dass die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen“ umfasst, doch interpretiert der EuGH diese Bestimmung schon seit langem nicht mehr bloß als ein Diskriminierungsverbot, sondern um einen die Freiheit der Niederlassung garantierenden, fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts.⁵¹ Nach dieser Rechtsprechung steht Art. 43 EG jeder nationalen Regelung entgegen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, die aber geeignet ist, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch Gemeinschaftsangehörige zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.⁵² Da das Fremdbesitzverbot in seiner Wirkung einem vollständigen Niederlassungsverbot für Kapitalgesellschaften gleichkommt, stellt es eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende nationale Maßnahme dar.

b) Rechtfertigung

Auch wenn es bei Fehlen gemeinsamer oder harmonisierter Regeln grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten ist zu entscheiden, auf welchem Niveau sie den Schutz der öffentlichen Gesundheit sicherstellen wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll, sind die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahmen nur dann mit dem EG-Vertrag vereinbar, wenn sie vier Voraussetzungen erfüllen: Sie müssen ohne Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit angewendet werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, des weiteren geeignet sein, die Verwirklichung des

⁵⁰ EuGH, Rs. C-271-/92 (LPO), Slg. 1993, I-2899, Rdn. 10.

⁵¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.4.2005 – Rs. C-140/03 („Optikerurteil“), Slg. 2005, I-3177, Rdn. 27 m.w.N. Aus Art. 152 Abs. 5 S. 1 EG, wonach die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gewahrt bleibt, sowie aus Art. 47 Abs. 3 EG wird in der Literatur allerdings zum Teil gefolgert, dass die Grundfreiheiten in diesen Bereichen nur als Diskriminierungsverbote Anwendung finden dürfen, vgl. *Detting/Mand*, Fremdbesitzverbote und präventiver Verbraucherschutz, S. 309.

⁵² EuGH, Urt. v. 21.4.2005, Rs. C-140/03 („Optikerurteil“), Rdn. 27 m.w.N.

mit ihnen verfolgten Zwecks zu gewährleisten und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.⁵³

aa) Keine Diskriminierung

Das deutsche Fremdbesitzverbot knüpft nicht an die Staatsangehörigkeit an und schließt nationale wie ausländische Kapitalgesellschaften gleichermaßen vom Betrieb einer Apotheke aus.

Eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit stellt es daher nicht dar.⁵⁴

bb) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

Wie dargelegt, dient das Fremdbesitzverbot der Sicherstellung der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung, also dem Schutz von Leben und Gesundheit. Diese beiden Rechtsgüter nehmen auch im Gemeinschaftsrecht den ersten Rang ein.⁵⁵ Dies zeigt sich u.a. an dem die Grundsätze der Gemeinschaft ausdrückenden Art. 3 I lit. p) EG, wonach die Tätigkeit der Gemeinschaft einen Beitrag zur Erreichung eines „hohen Gesundheitsschutzniveaus“ umfasst, ferner an Art. 152 I EG, wonach bei der Festlegung und Durchführung aller Gemeinschaftspolitiken, zu welcher nach dem die „Politiken der Gemeinschaft“ betreffenden Dritten Teil des Vertrages auch das in Titel III Kapitel 2 geregelte Niederlassungsrecht zählt, ein „hohes Gesundheitsschutzniveau“ sichergestellt wird sowie daran, dass zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen nicht nur Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit zulässig sind (vgl. Art. 30 EG), sondern gem. Art. 46 EGV sogar Sonderregelungen für Ausländer. Da auch der EuGH den „ganz besonderen Charakter“ von Arzneimitteln anerkennt⁵⁶, stellt der Schutz vor den mit ihrer Anwendung verbundenen Gefahren einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar.

cc) Eignung

Wie dargelegt, ist das Fremdbesitzverbot geeignet sicherzustellen, dass in dem mit dem Betrieb einer öffentlichen Apotheke zwangsläufig einhergehenden Konflikt zwischen dem Individualinteresse des Apothekenbetreibers an einer

⁵³ EuGH, Urteil vom 21.4.2005, Rs C-140/03 („Optikerurteil“), Rdn. 34.

⁵⁴ Vgl. auch *Detting/Mand*, S. 258 f.

⁵⁵ Vgl. zuletzt EuGH, Ur. v. 8.11.2007, Rs. 143/06 Rdn. 27 m.w.N., allerdings bezogen auf die Warenverkehrsfreiheit.

⁵⁶ Vgl. Ur. v. 21.3.1991, Rs. 369/88, *Delattre*, Slg. 1991, I-1487, Rdn. 56.

Gewinnmaximierung und dem Allgemeininteresse an der Sicherstellung ordnungsgemäßer Arzneimittelversorgung nicht ersterem der Vorrang eingeräumt wird.

Auch der EuGH erkennt den Zusammenhang an, der zwischen der Unabhängigkeit des Angehörigen eines Freien Berufs und der Struktur des Unternehmens, in welches dieser Berufsangehörige eingegliedert ist, besteht: Für den Rechtsanwaltsberuf hat er ausgeführt, dass ein Rechtsanwalt möglicherweise nicht mehr in der Lage sei, seinen Mandanten unabhängig und unter Wahrung eines strengen Berufsgeheimnisses zu vertreten, wenn er einer Struktur angehöre, die auch die Aufgabe habe, die finanziellen Ergebnisse der Vorgänge, bezüglich deren er tätig geworden ist, im Rahmen der Rechnungslegung zu erfassen und zu prüfen.⁵⁷ Diesbezügliche Beschränkungen sah er daher als gemeinschaftsrechtskonform an.

dd) Keine Unverhältnismäßigkeit

Damit sind wir bei der Frage angelangt, ob das Fremdbesitzverbot über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels der Sicherstellung der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung erforderlich ist, die Gesundheit und das Leben von Menschen mithin genauso wirksam durch Maßnahmen geschützt werden können, welche die grenzüberschreitende Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften weniger beschränken.

(1) Kontrolle als milderes Mittel?

Insbesondere die Kommission der Europäischen Gemeinschaften vertritt die Auffassung, dass eventuelle Interessenkonflikte auch durch andere Maßnahmen vermieden werden könnten. Es würde genügen, für die Medikamentenausgabe an Patienten und die Bestandsverwaltung die Anwesenheit eines Apothekers vorzuschreiben⁵⁸. Das legitime Ziel sicherzustellen, dass die Abgabe von Arzneimitteln ausschließlich von professionellem und qualifiziertem Personal durchgeführt werde, erfordere keine Beschränkungen hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse. Die Qualität der von einer Apotheke erbrachten Dienstleistungen sollten vielmehr durch Kontrollen und Formen der professionellen Verantwortung sichergestellt werden. In diesem Zusammenhang verweist die

⁵⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 19.2.2002, Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, I-1577, Rdn. 104 f.

⁵⁸ Vgl. den Beschluss der Kommission vom 28.6.2006 - IP/06/858 -, S. 2, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/858>.

Kommission auf das „Optikerurteil“ des EuGH.⁵⁹

Oben ist dargelegt worden, dass das Fremdbesitzverbot nicht in erster Linie der Sicherstellung qualifizierter Beratung zu dienen bestimmt ist, sondern der Sicherstellung der Kontrollfunktion der Apotheke. Denn eine solche Funktion kann eine Apotheke nur wahrnehmen, wenn sie unabhängig ist von Pharmaindustrie, Großhandel, Ärzteschaft und sonstigen am Arzneimittelverkehr beteiligten Personen. Die von der Kommission vorgeschlagene Maßnahme der „Anwesenheit“ eines Apothekers bei der Medikamentenausgabe und Bestandsverwaltung ist offensichtlich nicht geeignet, eine solche Unabhängigkeit herzustellen. Ebenso wenig ist es möglich, eine solche Unabhängigkeit durch „Kontrollen und Formen der professionellen Verantwortung“ sicherzustellen: Das Fehlen von Unabhängigkeit lässt sich nur äußerst schwer feststellen, weil es sich hierbei um einen inneren Tatbestand handelt, der dem Außenstehenden nicht ohne weiteres erkennbar ist. Eine Kontrolle könnte letzten Endes daher nur die eindeutigen, „krassen“ Fälle einer Vernachlässigung des Arzneimittelversorgungsauftrags erfassen. Die weitaus meisten Fälle einer Verquickung pharmazeutischer Entscheidung mit wirtschaftlichen Interessen blieben hingegen unentdeckt oder zumindest nicht nachweisbar. Inwieweit dies mit dem Ziel der Gemeinschaft, ein „hohes“ Gesundheitsschutzniveau sicherzustellen, vereinbar sein soll, bleibt offen.

(2) Haftung als milderer Mittel?

Auch die vielbeschworene Tatsache, dass der Betreiber einer Apotheke doch haftet, wenn er seinen Arzneimittelversorgungsauftrag nicht ordnungsgemäß erfüllt, stellt die Erforderlichkeit des Fremdbesitzverbots nicht in Frage. Denn die Haftung, d.h. die Begründung der Pflicht zur Leistung von Schadensersatz ist zur Wiedergutmachung eines erlittenen Schadens nur dann geeignet, wenn sich dieser Schaden auch wiedergutmachen *lässt*. Bei Nichtvermögensschäden (Gesundheitsschäden, Körperschäden, Tod) ist dies aber nicht der Fall: Der am Körper oder an der Gesundheit erlittene Schaden lässt sich durch eine Geldleistung zwar in gewissem Maße kompensieren, nicht aber wirklich rückgängig machen. Eine Naturalrestitution ist regelmäßig ausgeschlossen. Repressive Maßnahmen können Gesundheits- und Lebensschutz daher nicht in gleichem Maße gewährleisten wie Maßnahmen der Prävention. Dies ist auch von den

⁵⁹ Kommission aaO., S. 3.

rechtsetzenden und rechtsprechenden Organen der Gemeinschaft anerkannt. Deswegen reicht es zur Gewährleistung von Gesundheitsschutz im Bereich der Arzneimittelversorgung nicht aus, dass Vorschriften existieren, welche den Betreiber einer Apotheke im Falle pflichtwidrigen Handelns zivilrechtlich haf- ten lassen und die Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb der Apotheke vom Ab- schluss einer Berufshaftpflichtversicherung abhängig machen.

Damit zeigt sich, dass die Herbeiführung eines hohen Gesundheitsschutzni- veaus die Einrichtung und Aufrechterhaltung „selbststeuernder Systemstruktu- ren“⁶⁰ erfordert, die im Wege der Prävention dafür sorgen, dass die Apotheken ihren Gemeinwohlauftrag erfüllen. Da dies auf das Fremdbesitzverbot zutrifft, stellt es eine gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Das Optikerurteil steht dieser Einschätzung nicht entgegen, weil es einen ganz anderen Sachverhalt betrifft:

(3) Übertragbarkeit des Optikerurteils?

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Optikerurteil⁶¹ entschieden, dass das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit auch mit Maßnahmen er- reicht werden könne, die die Niederlassungsfreiheit sowohl natürlicher Perso- nen als auch juristischer Personen weniger einschränken als durch ein Verbot für juristische Personen, ein Optikergeschäft zu eröffnen. Insoweit genüge es, dass in jedem Optikergeschäft als Arbeitnehmer oder Gesellschafter diplomier- te Optiker anwesend sein müssten, dass zur zivilrechtlichen Haftung für das Verhalten eines Dritten Vorschriften existierten und dass eine Haftpflichtversi- cherung vorgeschrieben sei. Fraglich ist nun, ob diese Erwägungen auch auf den Betrieb von Apotheken übertragen werden können.

(a) Keine Vergleichbarkeit von Arzneimittel und Medizinprodukt

Gegen die Übertragbarkeit des Optikerurteils spricht zum einen, dass es sich bei Brillen, Kontaktlinsen und dergleichen Sehhilfen nicht um Arzneimittel, sondern um Medizinprodukte handelt. Dies gilt nicht nur nach deutschem Recht, sondern auch nach Gemeinschaftsrecht: Gemäß Art. 1 Nr. 1 b der Rich- tlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarz- neimittel⁶² ist das Kennzeichen von Arzneimitteln ihre pharmakologische, im-

⁶⁰ *Detting/Mand*, S. 276.

⁶¹ Vgl. oben Fn. 3.

⁶² In der durch die Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 (ABl. L 136 v. 30.4.2004, S. 34) geänderten Fassung.

munologische oder metabolische Wirkung, während gem. Art. 1 II lit. a der Richtlinie 90/385/EWG⁶³ und der Richtlinie 93/42/EWG⁶⁴ den Medizinprodukten diese Wirkung gerade fehlt oder zumindest nicht deren hauptsächliche Wirkung darstellt (vgl. Art. 1 VI lit. a der Richtlinie 90/385/EWG n.F.). Da den optischen Artikeln die genannte Wirkung fehlt, zählen sie zu den Medizinprodukten. Diese weisen aber nach der Wertung des deutschen Gesetzgebers wie auch nach der Wertung des Gemeinschaftsgesetzgebers keine so große Gefährlichkeit auf wie Arzneimittel. Dies zeigt sich u.a. daran, dass Medizinprodukte – anders als Arzneimittel (vgl. 21 ff. AMG und Art. 6 ff. der Richtlinie 2001/83/EG) – weder der Zulassung bedürfen noch in ihrer Abgabe auf Apotheken beschränkt sind.

Die Gleichung „Pille = Brille“ geht somit nicht auf⁶⁵.

(b) Keine Vergleichbarkeit von Heilberuf und handwerklich ausgeprägtem Hilfsheilberuf
Gegen eine Übertragbarkeit des Optikerurteils spricht des weiteren, dass der Optiker keinen Heilberuf ausübt, sondern einen Hilfsheilberuf⁶⁶. Der Hilfsheilberuf unterscheidet sich vom Heilberuf dadurch, dass seinen Schwerpunkt handwerkliche Tätigkeit bildet. In Deutschland ist der Beruf des Augenoptikers daher in der Handwerksordnung geregelt (Anlage A Nr. 33). Auch das Gemeinschaftsrecht unterscheidet zwischen dem Beruf des Apothekers und dem des Optikers: Während der Beruf des Optikers nach Art. 11 der Richtlinie 2005/36/EG⁶⁷ in Verbindung mit Anhang II der Richtlinie eine postsekundäre Ausbildung von mindestens einem Jahr erfordert, die jedoch nicht an einer Universität oder Hochschule zu absolvieren ist, setzt der Beruf des Apothekers eine vierjährige theoretische und praktische Vollzeitausbildung an einer Universität oder Hochschule voraus (vgl. Art. 44 II a der Richtlinie 2005/36/EG). Indem aber das Gemeinschaftsrecht an die Ausbildung des Apothekers weitaus höhere Anforderungen stellt, offenbart es, dass es der von einem Apotheker in

⁶³ Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über aktive implantierbare medizinische Geräte (ABl. L 189 vom 20.7.1990, S. 17) in der durch die Richtlinie 2007/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.9.2007 (ABl. L 247 v. 21.9.2007, S. 21) geänderten Fassung.

⁶⁴ Richtlinie des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte (ABl. L 169 v. 12.7.1993, S. 1), ebenfalls in der durch die Richtlinie 2007/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.9.2007 (ABl. L 247 v. 21.9.2007, S. 21) geänderten Fassung.

⁶⁵ *Martini*, DocMorris ante portas. Zu Risiken und Nebenwirkungen der Niederlassungsfreiheit des Art. 48 EG für das Berufsrecht der Apotheker, DVBl 2007, 10 ff., 14.

⁶⁶ Vgl. *Kieser*, in: *Saalfrank* (Hrsg.), Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, 2007, § 11 Rdn. 12.

⁶⁷ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. L 255 v. 30.09.2005, S. 22).

den Belangen der Volksgesundheit zu tragenden Verantwortung ein größeres Gewicht beimisst als der Verantwortung, die ein Optiker in dieser Hinsicht zu tragen hat. Folglich muss auch dem Schutz der Unabhängigkeit bei Apothekern ein größeres Gewicht zukommen als bei Optikern.

(4) Weitere Überlegungen

(a) Versandhandel bleibt möglich

Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Fremdbesitzverbotes ist weiter zu berücksichtigen, dass den eine Apotheke betreibenden Kapitalgesellschaften zwar die Freiheit genommen ist, sich in Deutschland niederzulassen, dass eine solche Niederlassung für sie aber nicht die einzige Möglichkeit bildet, sich zum deutschen Arzneimittelhandel den Zugang zu verschaffen. Denn eine Apotheke, die in einem anderen Mitgliedstaat durch eine Kapitalgesellschaft betrieben wird, kann ihre Waren im Wege des Versandhandels in Deutschland absetzen. Da der Gesetzgeber in vorauseilendem, überobligationsmäßigem Gehorsam das Versandhandelsverbot insgesamt abgeschafft hat, gilt dies nicht nur, wie vom EuGH gefordert⁶⁸, für die nichtverschreibungspflichtigen Arzneimittel, sondern auch für die verschreibungspflichtigen. Auch bei Fortgeltung des Fremdbesitzverbotes sind ausländische Kapitalgesellschaften somit nicht gänzlich vom deutschen Apothekengeschäft ausgeschlossen, sondern nur in der Art und Weise des Vertriebs apothekenpflichtiger Waren beschränkt.

(b) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit für juristische Personen ist zugleich Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit für natürliche Personen

Des weiteren ist zu berücksichtigen, dass eine Beseitigung des Fremdbesitzverbotes Niederlassungsfreiheit zwar für Kapitalgesellschaften herbeiführte, für natürliche Personen aber faktisch beseitigte. Schon 1964 hat das BVerfG dargelegt, dass eine Konzentration im Apothekenwesen insbesondere dem Apothekernachwuchs faktisch die Möglichkeit nehme, zu einer eigenen Apotheke zu gelangen und damit von der rechtlich bestehenden Niederlassungsfreiheit auch tatsächlich Gebrauch zu machen⁶⁹; „demgegenüber führt die jetzige Regelung in ihrer Tendenz und ihren Auswirkungen dazu, einer möglichst großen Zahl von Apothekern den Weg zur Selbständigkeit zu eröffnen und

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 11. 12.2003, Rs. C-322/01 („Versandhandel“), Slg. 2003, I-14887, Rdn.112 ff.

⁶⁹ So schon BVerfGE 17, 232 ff., Rdn. 45 (zitiert nach juris).

damit die Niederlassungsfreiheit in möglichst großem Maße zu verwirklichen⁷⁰

IV. Ergebnis

Das deutsche Fremdbesitzverbot für Apotheken ist nicht unvereinbar mit Gemeinschaftsrecht. Es ist durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt, weil es dazu bestimmt ist, den Apotheken die Wahrnehmung der ihnen im Interesse öffentlicher Gesundheit übertragenen Kontrollfunktion zu ermöglichen. Es ist zur Erreichung dieses Ziels auch geeignet, weil es dafür sorgt, dass der Betreiber einer Apotheke in der Wahrnehmung seiner pharmazeutischen Verantwortung unabhängig ist von anderen am Arzneimittelverkehr beteiligten Personen. Dadurch beugt das Fremdbesitzverbot der mit dem Betrieb einer öffentlichen Apotheke zwangsläufig einhergehenden Gefahr vor, dass der Gemeinwohlaufrag überlagert wird von ökonomischen Interessen. Es kann auch nicht durch mildere Mittel ersetzt werden, weil wegen der Irreversibilität von Schäden an Leib oder Leben ein wirksamer Schutz gegen solche Schäden mit repressiven Maßnahmen allein nicht erreicht werden kann. Unverhältnismäßig ist die durch das Fremdbesitzverbot erfolgende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ebenfalls nicht; denn ausländische Kapitalgesellschaften werden nicht vollständig vom deutschen Apothekenmarkt ausgeschlossen, sondern nur in der Art und Weise des Vertriebs apothekenpflichtiger Waren beschränkt.

⁷⁰ BVerfG aaO.

I. Einführung.....	1
II. Das Verbot des Fremdbesitzes nach deutschem Recht.....	5
1. Rechtsgrundlage	5
2. Rechtfertigung	6
a) Die Besonderheit der Ware „Arzneimittel“	7
b) Die Sicherstellung ordnungsgemäßer Arzneimittelversorgung der Bevölkerung.....	8
aa) Durch Gewährleistung sachkundiger Beratung bei der Arzneimittelabgabe?.....	8
bb) Durch Gewährleistung unabhängiger Beratung und Kontrolle.....	9
III. Unvereinbarkeit mit europäischem Gemeinschaftsrecht?	12
1. Mit sekundärem Gemeinschaftsrecht?.....	12
2. Mit primärem Gemeinschaftsrecht?	13
a) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	13
b) Rechtfertigung	13
aa) Keine Diskriminierung	14
bb) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	14
cc) Eignung.....	14
dd) Keine Unverhältnismäßigkeit.....	15
(1) Kontrolle als milderes Mittel?	15
(2) Haftung als milderes Mittel?.....	16
(3) Übertragbarkeit des Optikerurteils?.....	17
(a) Keine Vergleichbarkeit von Arzneimittel und Medizinprodukt	17
(b) Keine Vergleichbarkeit von Heilberuf und handwerklich ausgeprägtem Hilfsheilberuf.....	18
(4) Weitere Überlegungen	19
(a) Versandhandel bleibt möglich	19
(b) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit für juristische Personen ist zugleich Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit für natürliche Personen	19
IV. Ergebnis.....	20