

Samstagsklausur v. 26.05.12

Lösungsvorschlag

Die Verpflichtungsklage der Power Pharmacy Ltd. (P) auf Erteilung der begehrten Genehmigung ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet, der Ablehnungsbescheid rechtswidrig ist, P dadurch in ihren Rechten verletzt ist und die Sache spruchreif ist §§ 78, 113 V VwGO.

A. Passivlegitimation

Gem. § 78 I Nr. 1 Alt. 2 VwGO ist die Klage gegen die Landeshauptstadt München zu richten.

Hier +

B. Rechtmäßigkeit des Ablehnungsbescheids

Der Ablehnungsbescheid ist rechtswidrig, wenn P einen Anspruch auf Erteilung der Apothekengenehmigung hat. Dazu müsste der Betrieb der Apotheke in München genehmigungspflichtig und genehmigungsfähig sein.

I. Genehmigungspflichtigkeit

Da P eine Apotheke betreiben will, bedarf sie der Erlaubnis, vgl. § 1 II ApoG.

II. Genehmigungsfähigkeit

- Gem. § 2 I Nr. 1 ApoG muss es sich bei dem Anspruchsteller grds. um eine natürliche Person handeln. Für Gesellschaften sind nur die Rechtsformen „GbR“ und „OHG“ erlaubt (§ 8 ApoG). Bei P handelt es sich weder um eine natürliche Person noch um eine GbR noch um eine OHG.

- Gem. § 1 II ApoG darf ein Antragsteller maximal vier Apotheken (eine Hauptapotheke und drei Filialapotheken) betreiben. Hier betreibt P bereits 1200 Apotheken. [Dagegen kann eingewendet werden, dass sich die Maximalzahl von vier Apotheken nur auf den räumlichen Anwendungsbereich des ApoG, mithin Deutschland, erstreckt; beides vertretbar.]

III. Zwischenergebnis

Der Ablehnungsbescheid der Stadt München ist rechtmäßig.

IV. Vereinbarkeit des ApoG mit dem GG

Fraglich ist aber, ob die genannten Vorschriften mit dem Grundgesetz, genauer mit den darin verbürgten Grundrechten vereinbar sind. In Betracht kommen hier insoweit die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 I GG, das Grundrecht auf Eigentum gemäß Art. 14 I GG sowie die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG.

Sollte das VG die Vorschriften des ApoG für verfassungswidrig halten, wäre, da dem VG keine Normverwerfungskompetenz für nachkonstitutionelle formelle Gesetze zusteht, das Verfahren auszusetzen und eine konkrete Normenkontrolle durch das BVerfG gemäß Art. 100 I 1 Alt. 2 GG herbeizuführen.

1. Vereinbarkeit mit Art. 12 I GG

Fraglich ist, ob die Vorschriften des Apothekengesetzes, die ein Fremdbesitz (§ 2 I Nr. 1 und 2, § 2 V Nr. 1, § 7 und § 8 ApoG) und Mehrbesitzverbot (§ 1 II i.V.m. § 2 IV, V ApoG) für Apotheken festlegen, gegen die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen.

a) Schutzbereich

aa) Persönlicher Schutzbereich

Die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG steht „allen Deutschen“ zu. Träger der Berufsfreiheit sind gemäß Art. 12 I GG jedenfalls alle deutschen natürlichen Personen. Gemäß Art. 19 III GG wird die Geltung der Grundrechte jedoch auf inländische juristische Personen erstreckt, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Entscheidend ist dabei, dass die geschützte Tätigkeit nicht an Eigenschaften anknüpft, die nur Menschen zukommen können.

Die Berufsfreiheit schützt gerade auch die Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, die ebenso gut auch von einer juristischen Person betrieben werden kann¹.

¹ BVerfGE 97, 228 (253); 115, 205 (229).

Die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG kommt somit auch juristischen Personen zu gem. Art. 19 III GG.

Gem. dem Wortlaut des Art. 19 III GG muss es sich aber um eine inländische juristische Person handeln. Strenge Anwendung des Wortlauts hätte zu Folge, dass ausländischen juristischen Personen diskriminiert werden würden. Wegen des Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV ist das Kriterium „inländisch“ des Art. 19 III GG entweder – nicht anzuwenden oder – europarechtskonform auszulegen. Nach beiden Ansichten fällt P in den Anwendungsbereich des Art. 19 III GG.

Damit ist jedoch noch nicht über die weitere Frage entschieden, ob sich eine solche juristische Person auch auf die sog. Deutschen-Grundrechte, zu denen auch Art. 12 GG zählt, berufen kann. Dies ist umstritten. Teilweise wird angenommen, dass eine Gleichstellung über Art. 2 I GG als Auffanggrundrecht zu erfolgen habe, das dann jedoch im Wege der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation (Schranken-Übertragung) die gleichen Gewährleistungen für EU-Ausländer wie die Deutschen-Grundrechte bereithalten müsste.² Dagegen spricht, dass die allgemeine Handlungsfreiheit gerade nicht die engen Schranken der Deutschen-Grundrechte enthält. Außerdem steht der Wortlaut des Art. 12 I GG ("Alle Deutschen") einer gemeinschaftsrechtskonformen Extension angesichts der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes nicht zwingend entgegen³. Damit kann sich auch eine in der EU ansässige juristische Person auf die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 I GG berufen.

Hinweis: Dies ist in der Literatur stark umstritten⁴. Bei entsprechender Argumentation ist jede Lösung vertretbar, auch die, dass sich eine in der EU ansässige juristische Person überhaupt nicht auf Grundrechte berufen kann, auch nicht auf Art. 2 I GG. Wichtig ist nur, dass der Bearbeiter erkennt, dass Art. 19 III GG nur von inländischen juristischen Personen spricht und Art. 12 I GG ein Deutschen-Grundrecht ist und sich dann mit den daraus ergebenden Problemen im Hinblick auf Art. 18 AEUV argumentativ auseinandersetzt. Auf jeden Fall ist gutachtlich weiterzuprüfen.

bb) sachlicher Schutzbereich

Von der Berufsfreiheit geschützt ist jede auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient und die nicht schlechthin gemeinschaftsschädlich ist. Dies erfasst nicht nur tradierte Berufsbilder, sondern auch neue und frei erfundene Berufe. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet, beginnend mit der Berufswahl über die Berufsausübung bis hin zur Berufsbeendigung, ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit. Geschützt werden alle berufs- und ausbildungsspezifischen Handlungen. Dazu gehören auch die unternehmerische Organisationsfreiheit, insbesondere die Freiheit der privatautonen Rechtsformenwahl sowie die Freiheit gemeinsamer Berufsausübung. Der Betrieb einer Apotheke durch eine juristische Person

² Vgl. *Lücke*, Zur Europarechtskonformität der Deutschen-Grundrechte, EuR 2001, S. 112 (114 ff.).

³ Vgl. *Lücke*, Zur Europarechtskonformität der Deutschen-Grundrechte, EuR 2001, S. 112 (116 ff.).

⁴ Vgl. bspw. *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 12, Rn. 37 ff. m.w.N.

des Privatrechts fällt damit in den sachlichen Schutzbereich der Berufsfreiheit.

Der Schutzbereich des Art. 12 I GG ist somit eröffnet.

b) Eingriff

Ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit setzt eine staatliche Maßnahme voraus, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit bezieht oder – bei berufsneutraler Zielsetzung – zumindest objektiv eine berufsregelnde Tendenz hat. Das sich aus den § 2 I Nrn. 1 und 2, § 2 V Nr. 1, § 7 und § 8 ApoG ergebende Verbot für Kapitalgesellschaften, eine Apotheke zu betreiben, sowie die Beschränkung der Betriebserlaubnis für Filialapotheken gemäß § 1 II i.V.m. § 2 IV, V ApoG beziehen sich unmittelbar auf die Berufstätigkeit des Apothekers und sind damit als Eingriff in den von Art. 12 I GG gewährleisteten Schutzbereich anzusehen.

Weiterhin sind im Rahmen der Berufsfreiheit die verschiedenen Eingriffe nach ihrer Intensität zu unterscheiden. Die Rechtsprechung hat dafür drei Stufen entwickelt (sog. Drei-Stufenlehre).

Auf der niedrigsten Stufe angesiedelt sind solche Regelungen, die lediglich die Berufsausübung betreffen (Berufsausübungsregelungen). Einen intensiveren Eingriff stellen dagegen solche Regelungen dar, die den Zugang zu einem Beruf anhand subjektiver, in den Eigenschaften der Person liegender Kriterien begrenzen (subjektive Berufszulassungsschranken). Am schwersten greifen allerdings solche Regelungen in die Berufsfreiheit ein, die die Wahl eines Berufs an die Erfüllung objektiver, von den Qualifikationen des Einzelnen unabhängiger Kriterien knüpfen (objektive Berufszulassungsschranken).

Vorliegend haben die genannten Regelungen zur Folge, dass es für P unmöglich ist, eine Apotheke in Deutschland zu betreiben. Folglich wirken ihr gegenüber diese Regelungen wie eine objektive Berufszulassungsschranke.

Die Einordnung der Eingriffsregeln auf eine der drei Stufen kann auch erst bei der Prüfung der Schranken-Schranken erfolgen, da sich erst auf dieser Ebene Unterschiede in der Lösung ergeben.

c) Rechtfertigung des Eingriffs (=Schranken)

aa) Schrankenvorbehalt

Eingriffe in den einheitlichen Schutzbereich der Berufsfreiheit sind nach Art. 12 I 2 GG, der entgegen seinem Wortlaut auch für Maßnahmen gilt, die die Freiheit der Berufswahl betreffen⁵, nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung erlaubt. Das ApoG – von dessen formeller

⁵ BVerfGE 7, 377 (399 ff.); 86, 28 (40).

Verfassungsmäßigkeit nach dem Bearbeitervermerk auszugehen ist – ist als formelles Parlamentsgesetz grundsätzlich geeignet, die Berufsfreiheit zu beschränken.

Hinweis: Vertretbar wäre es, an dieser Stelle inzident die Vereinbarkeit des ApoG mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht zu prüfen, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass ein formelles Gesetz, das gegen vorrangiges Gemeinschaftsrecht verstößt und deshalb unanwendbar ist, auch keine taugliche Grundrechtsschranke darstellen kann. Allerdings lehnt das BVerfG ein solches Vorgehen regelmäßig ab.

bb) Schranken-Schranken

Im Rahmen der Schranken-Schranken sind regelmäßig drei Prüfungspunkte anzusprechen:

1. Allgemeine Anforderungen (Verbot des Einzelfallgesetzes (Art. 19 I GG); Zitiergebot (Art. 19 I GG, kann auch als formelle Voraussetzung angesehen werden.); Bestimmtheitsgebot (Ungeschriebener Rechtsgrundsatz)
2. Besondere Anforderungen, wenn ein qualifizierter Gesetzesvorbehalt vorliegt
3. Verhältnismäßigkeit

Vorliegend ist vom Einhalten der allg. Anforderungen auszugehen. Besondere Anforderungen sind nicht zu prüfen, da hier kein qualifizierter, sondern ein einfacher Gesetzesvorbehalt vorliegt. Somit bleibt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit.

(1) Legitimer Zweck

Da hier eine objektive Berufszugangsschranke vorliegt, muss die Regel (das ApoG) ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut schützen. Die Regelungen des ApoG stehen hier im Dienste der Volksgesundheit. Arzneimittel sind gerade keine gewöhnlichen Waren, sondern Hilfsmittel der ärztlichen Kunst, die bei unverantwortlichem Umgang auch große Schäden – bis hin zum Tod - zufügen können. Dem Apotheker obliegt die verantwortungsvolle Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten. Als Bindeglied zwischen Arzt und Patient hat er zur Gegenkontrolle des Arztes die Einhaltung der Vorschriften über die Maximaldosis zu überwachen und durch geeignete Beratung des Kunden dem Arzneimittelmisbrauch entgegenzuwirken. Damit genügt die Regelung den hohen Anforderungen an das legitime Ziel.

(2) Geeignetheit

Weiterhin müssten die Regelungen auch zur Erreichung des Ziels geeignet sein. Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt. Gegen die Geeignetheit des Fremd- und Mehrbesitzverbots könnte sprechen, dass die Notwendigkeit der beruflichen Qualifikation als Apotheker im Hinblick

auf das Ziel des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung nur für die Aspekte, die die Beziehungen zu Dritten betreffen, gegeben ist, nicht aber für die Aspekte des Betriebs, der Leitung und Führung von Apotheken. Andererseits beeinflusst derjenige, der als Eigentümer und Arbeitgeber eine Apotheke besitzt, zwangsläufig die Arzneimittelabgabepolitik in dieser Apotheke. Entscheidend zu berücksichtigen ist, dass dem Gesetzgeber bei der Frage der Geeignetheit ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zukommt. Es ist vornehmlich seine Sache, unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will. Der Gesetzgeber geht vorliegend davon aus, dass die Erfüllung der für die Volksgesundheit wichtigen öffentlichen Aufgaben des Apothekers am besten dadurch gewährleistet wird, dass die allseitige Verantwortung für den Betrieb der Apotheke sowie Eigentum und Besitz an dem Apothekenbetrieb bei dem fachkundigen Apotheker selbst liegen. Der Gesetzgeber legt damit das Leitbild von dem "Apotheker in seiner Apotheke" der gesetzlichen Regelung zugrunde. Dabei ist nicht ersichtlich, dass das damit verbundene Fremd- und Mehrbesitzverbot offensichtlich ungeeignet wäre, den Schutz der Volksgesundheit zu fördern. A.A. vertretbar

(3) Erforderlichkeit

Die Regelung müsste auch erforderlich sein. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der legitime Zweck auch ebenso gut durch einen Eingriff auf einer niedrigeren Stufe erreicht werden kann. Gegen die Erforderlichkeit könnte hier vorgetragen werden, dass es genügen würde, die Leitung der Apotheke, die Arzneimittelabgabe und die Beratung der Kunden einem angestellten Apotheker vorzubehalten, der unabhängig von der Rechtsform seines Arbeitgebers denselben beruflichen und berufsethischen Regeln wie ein unabhängiger Apotheker unterläge. Außerdem könnte das Rechtsverhältnis zwischen Betreiber und dem angestellten Apotheker gesetzlich näher ausgestaltet werden, um zu verhindern, dass die Unabhängigkeit und persönliche Verantwortung beeinträchtigt und die Beachtung der beruflichen und berufsethischen Regeln für Apotheker gefährdet wird. Aber auch insoweit verfügt der Gesetzgeber über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum. Er legt hier der gesetzlichen Regelung in legitimer Weise das Leitbild von dem "Apotheker in seiner Apotheke" zugrunde. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die gesetzliche Regelung bereits bestimmte Ausnahmen vorsieht. So kann ein Apotheker gemäß § 1 II ApoG bis zu drei Filialapotheken betreiben. Weiterhin ist der Betrieb einer Apotheke durch eine Personengesellschaft unter den Voraussetzungen des § 8 ApoG möglich. Ein etwaiges milderer Mittel würde das vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Leitbild und den damit verbundenen Schutz der Volksgesundheit nicht in gleicher Weise verwirklichen (a.A. vertretbar).

(4) Angemessenheit

Für die Verhältnismäßigkeit spricht aber die Gefahr, dass ausschließlich an Gewinnmaximierung orientierte Unternehmen eine verantwortungsvolle Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten nicht in gleicher Weise sicherstellen können wie ein selbständiger und weisungsunabhängiger Apotheker. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Arzneimittel Erzeugnisse sind, die sich sehr schwerwiegend auf die Gesundheit auswirken können. Des Weiteren könnte die Gefahr bestehen, dass Pharmakonzerne den Betrieb einer eigenen Apotheke nutzen wollen, um dort überwiegend die von ihnen

hergestellten Medikamente "an den Mann zu bringen", ohne dabei ausreichend die Interessen des Kunden zu wahren. Gerade bei Arzneimitteln, die keiner ärztlichen Verschreibung bedürfen, muss der Patient in den vom Apotheker als Fachmann erteilten Rat volles Vertrauen setzen können. Da ein angestellter Apotheker nicht die Geschäftspolitik der Apotheke bestimmt und in der Praxis die Weisungen seines Arbeitgebers befolgen muss, ist nicht auszuschließen, dass er in einer von einem Berufsfremden betriebenen Apotheke 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. Zwar können nach § 1 II ApoG bis zu drei Filialapotheken betrieben werden. Aber der Inhaber der Betriebserlaubnis für die Hauptapotheke unterliegt 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. A.A. vertretbar.

d) Zwischenergebnis

Art. 12 I GG ist durch die Regeln des ApoG nicht verletzt.

2. Vereinbarkeit mit Art. 14 I GG

Die Regelungen des ApoG müssten in den Schutzbereich der Eigentumsfreiheit gemäß Art. 14 I 1 GG eingreifen. Dabei gilt grundsätzlich, dass Art. 14 GG nur das Erworbenes schützt, während der Erwerb selbst von der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 I GG erfasst wird. Fremd- und Mehrbesitzverbot des ApoG beeinträchtigen hier jedoch keine bereits bestehende, eigentumsrechtlich relevante Vermögensposition, sondern schließen allenfalls eine zukünftige Erwerbsmöglichkeit aus. Die ist jedoch nicht vom Schutzbereich des Art. 14 GG umfasst.

Somit keine Verletzung des Art. 14 I GG.

3. Vereinbarkeit mit Art. 2 I GG

Ist für ein Verhalten der Schutzbereich eines spezielleren Freiheitsrechts eröffnet, so ist der Schutzbereich der allg. Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG nicht eröffnet.

V. Vereinbarkeit des ApoG mit dem europäischen Primärrecht

1. Unmittelbare Wirkung und Vorrang des europäischen Primärrechts

Zunächst müsste der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) überhaupt unmittelbar auf den Sachverhalt anwendbar sein. Beim AEUV handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag. Ein solcher völkerrechtlicher Vertrag begründet grundsätzlich Rechtsbeziehungen nur zwischen den Vertragsparteien als Völkerrechtssubjekten und wird erst durch das jeweilige Zustimmungsgesetz gemäß Art. 90 II GG Teil der deutschen Rechtsordnung, und zwar mit dem Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Ein völkerrechtlicher Vertrag ist danach an sich nicht

geeignet, eindeutig entgegenstehendes nationales Recht – wie im vorliegenden Fall die Vorschriften des ApoG – zu verdrängen.

Nach der st. Rspr. des Europäischen Gerichtshofs handelt es sich beim Europäischen Unionsrecht, d.h. insbesondere beim AEUV, nicht lediglich um einen "herkömmlichen" völkerrechtlichen Vertrag, sondern vielmehr um die "Verfassungsurkunde der Union", durch die eine "neue Rechtsordnung des Völkerrechts" gegründet worden ist, deren Rechtssubjekte nicht lediglich die Mitgliedstaaten, sondern vielmehr auch einzelne Individuen sind. Der EuGH begründet dies u.a. mit der Existenz des Vorabentscheidungsverfahrens sowie der unmittelbaren Anwendbarkeit von Verordnungen. Nach Ansicht des BVerfG folgt die innerstaatliche Anwendbarkeit des Unionsrechts aus dem "Rechtsanwendungsbefehl" des durch Art. 23 I (bzw. Art. 24 I) GG ermöglichten Zustimmungsgesetzes.

Individuen können sich daher auf Vorschriften des AEUV unmittelbar berufen, soweit die fraglichen Vorschriften inhaltlich hinreichend bestimmte und unbedingte Verpflichtungen der Mitgliedstaaten begründen (**unmittelbare Wirkung/Anwendbarkeit**). Nach st. Rspr. des EuGH entfalten alle Grundfreiheiten eine unmittelbare Wirkung in diesem Sinne gegenüber den Behörden der Mitgliedstaaten. Der Anspruch des Unionsrechts, auch auf innerstaatliche Rechtsverhältnisse unmittelbar einzuwirken, bringt es mit sich, dass die Vorschriften des Unionsrechts mit solchen des innerstaatlichen Rechts möglicherweise kollidieren. Für den Fall einer solchen Kollision beansprucht das Unionsrecht gegenüber dem entgegenstehenden nationalen Recht einen Anwendungsvorrang, d.h., dass die dem Gemeinschaftsrecht zuwiderlaufenden Vorschriften des nationalen Rechts zwar wirksam bleiben, aber nicht angewendet werden dürfen (**Anwendungsvorrang, kein Geltungsvorrang**).

Das BVerfG hat diesen Anspruch des Unionsrechts auf unmittelbare Geltung und Vorrang als notwendige Folge der Übertragung von Hoheitsrechten (vormals auf der Grundlage des Art. 24 GG, nunmehr Art. 23 I 2 GG) auf die Europäische Union akzeptiert.⁶ Nach der st. Rspr. des EuGH ist der Anwendungsvorrang von den Behörden und Gerichten der Mitgliedstaaten ohne Weiteres und von Amts wegen zu beachten. Weder erfordert er eine Berufung der streitenden Parteien auf das Unionsrecht oder auf den Vorrang noch einen dahingehenden Vortrag.

2. Vereinbarkeit des ApoG mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)

a) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit umfasst natürliche Personen, die Staatsangehörige der Mitgliedstaaten sind (Art. 49 Abs. 1 AEUV) sowie nach Art. 54 AEUV auch Personengesellschaften sowie juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts, die nach dem Recht eines der Mitgliedstaaten gegründet sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Gemeinschaft haben. Für die nach englischem Recht als Kapitalgesellschaft gegründete und in Großbritannien ansässige P Ltd. treffen diese Voraussetzungen zu. P kann sich damit grundsätzlich auf die Niederlassungsfreiheit berufen.

b) Sachlicher Schutzbereich

⁶ BVerfGE 31, 145 (170 f.).

Gemäß Art. 49 Abs. 2 AEUV umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen. Nach Art. 49 Abs. 1 Satz 2 AEUV umfasst dies sowohl die Gründung von Hauptniederlassungen als auch von Zweigniederlassungen, Agenturen oder Tochtergesellschaften. In Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit schützt Art. 49 AEUV mithin die selbständige berufliche Tätigkeit, in Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit die dauerhafte Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat. Im vorliegenden Fall möchte die P Ltd., die eine Apothekenkette betreibt, eine Apotheke und damit eine Zweigniederlassung in München eröffnen. Der sachliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ist somit eröffnet.

c) Grenzüberschreitender Bezug

Die Grundfreiheiten des Unionsrechts finden grundsätzlich nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte Anwendung, hingegen nicht auf reine Inlandssachverhalte. Bei P handelt es sich um eine britische Gesellschaft. Da P in Deutschland eine Apotheke eröffnen möchte, ist ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben.

d) Vorliegen einer Bereichsausnahme

Die Niederlassungsfreiheit wäre dann nicht anwendbar, wenn Apotheken unter eine der in Art. 51 AEUV genannten Bereichsausnahme fielen. Das könnte deshalb der Fall sein, weil Apotheken gemäß § 1 I ApoG die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung im öffentlichen Interesse obliegt. Der Begriff der "öffentlichen Gewalt" in Art. 51 AEUV ist jedoch eng auszulegen und erfordert eine spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt, d.h. eine Tätigkeit, die mit Zwangsbefugnissen, Sonderrechten oder Hoheitsprivilegien verbunden ist. Daran fehlt es dem Apotheker als heilberuflichem Kaufmann allerdings. Eine Bereichsausnahme für Apotheken besteht somit nicht.

e) Eingriff

Fraglich ist allerdings, ob es sich bei den Vorschriften des ApoG, die der Erteilung der Erlaubnis an P entgegenstehen, auch um Eingriffe in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit handelt. Die Eingriffe könnten vorliegend im Verbot der Erlaubniserteilung an eine Kapitalgesellschaft (§ 2 I Nr. 1 und 2, § 7, § 8 ApoG), im Verbot des Betriebens von mehr als vier Apotheken (§ 1 II i.V.m. § 2 IV, V ApoG) sowie im Erfordernis, dass diese zumindest in benachbarten Kreisen liegen müssen (§ 2 IV Nr. 2 ApoG), bestehen.

aa) Diskriminierung

Gemäß Art. 49 Abs. 2 AEUV umfasst die Niederlassungsfreiheit das Recht zur Aufnahme der Tätigkeit "nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen." Damit ist jede Art von Diskriminierung zwischen Inländern und Ausländern durch die Niederlassungsfreiheit verboten und bedarf der Rechtfertigung. Die rechtlichen Hindernisse zur Erteilung der von P begehrten Erlaubnis gelten jedoch unterschiedslos für inländische wie ausländische Apotheker. Die Erlaubniserteilung an Kapitalgesellschaften ist generell ausgeschlossen.

bb) Beschränkung

Fraglich ist, ob es sich auch bei derartigen unterschiedslosen Maßnahmen um Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit handeln kann. Während früher unter Berufung auf den Wortlaut des Art. 49 Abs. 2 AEUV ("nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen") davon ausgegangen wurde, dass die Niederlassungsfreiheit nur vor Diskriminierung schützt, geht der EuGH mittlerweile, in Fortentwicklung seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit ("Dassonville Formel") auch bei der Niederlassungsfreiheit von einem weiten **Beschränkungsverbot** aus. Danach gelten als rechtfertigungsbedürftige Beschränkungen "alle Maßnahmen, die die Ausübung der Grundfreiheiten unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen."⁷

Das Verbot der Erlaubniserteilung an eine juristische Person führt dazu, dass eine EU ausländische juristische Person, die in einem anderen Mitgliedstaat Apotheken betreibt, dies nicht in Deutschland tun kann. Der Gebrauch der Niederlassungsfreiheit wird also verhindert, obwohl juristische Personen gemäß Art. 54 AEUV hinsichtlich des Niederlassungsrechts gleichgestellt sind. Soweit ein Apothekeninhaber im Ausland bereits vier Apotheken betreibt, wird ihm die Eröffnung einer weiteren Apotheke in Deutschland durch das Verbot des Betriebens von mehr als vier Apotheken ebenfalls unmöglich, seine Niederlassung also verhindert.

Das Gleiche gilt für das Erfordernis der räumlichen Nähe zwischen den verschiedenen betriebenen Apotheken (§ 2 IV Nr. 2 ApoG). Dieses ist für EU-Ausländer, die nicht im unmittelbaren Grenzgebiet ansässig sind, überhaupt nicht zu erfüllen. Überdies macht die Vorschrift eine Niederlassung von EU-Ausländern in grenzfern gelegenen deutschen Kreisen ebenfalls gänzlich unmöglich, soweit der EU-Ausländer im Ausland bereits eine Apotheke betreibt.

Alle drei Vorschriften verhindern bzw. behindern daher das Gebrauchmachen von der Niederlassungsfreiheit bzw. machen es weniger attraktiv, soweit sie erfordern, dass ein Apotheker seine bisher im EU-Ausland betriebenen Apotheken schließt, um sich stattdessen in Deutschland niederlassen zu können.

cc) Zwischenergebnis

Bei den fraglichen Vorschriften des ApoG handelt es sich um beschränkende Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit der P. Diese sind somit nur zulässig, wenn sie sich rechtfertigen lassen.

f) Rechtfertigung

Beschränkungen der Grundfreiheiten können über die geschriebenen Rechtfertigungsgründe nach Art. 52 AEUV hinaus mit sog. zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden (*Cassis de Dijon*-Rspr. des EuGH). Voraussetzung ist, dass die Maßnahmen in nichtdiskriminierender Weise angewendet

⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-168/91, Konstantinidis, Slg. 1993, I-1191, Rn. 15.

werden, zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sind und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist.⁸

Die streitgegenständlichen Regelungen dienen dazu, eine übermäßige Gewinnausrichtung der Apotheken zu verhindern. Die Leitung der Apotheken soll ausschließlich am Ziel der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung ausgerichtet sein. Gleichzeitig soll sichergestellt sein, dass der verantwortliche Apotheker eine effektive Kontrolle über alle seine Apotheken ausüben kann, was nur dann gewährleistet ist, wenn die Zahl der Apotheken beschränkt wird und diese räumlich nahe beieinander liegen. Ziel der Vorschriften ist damit die Förderung der öffentlichen Gesundheit. Dabei handelt es sich unproblematisch um ein zwingendes Interesse des Allgemeinwohls, wie auch Art. 52 Abs. 1 AEUV bestätigt ("öffentliche Gesundheit").

Fraglich ist allerdings, ob die Vorschriften auch geeignet und erforderlich sind, um dieses Ziel zu erreichen. Das wäre nur dann der Fall, wenn der verantwortungsvolle Betrieb einer Apotheke erforderte, dass der Leiter auch zugleich der Inhaber ist. Insoweit könnten sowohl hinsichtlich der Geeignetheit (Gewinnstreben ist nicht auf Kapitalgesellschaften beschränkt; kohärente und systematische Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung zur Verwirklichung des geltend gemachten Ziels wird durch Ausnahmen – Betrieb von Filialapotheken – aufgeweicht), als auch der Erforderlichkeit (Angestellter übt seinen Beruf gleichermaßen verantwortlich aus) Zweifel angebracht werden. Der EuGH hat demgegenüber betont, dass unter den vom Vertrag geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang einnehmen und den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Frage, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll, ein Wertungsspielraum zuzuerkennen sei. Demgemäß hat der EuGH die Regelungen des deutschen ApoG für vereinbar mit Art. 49, 54 AEUV erklärt. A.A. vertretbar.

g) Zwischenergebnis

Die Regelungen des ApoG verstoßen nicht gegen die Niederlassungsfreiheit. Das VG kann die Regelungen des ApoG nicht unangewendet lassen. P hat somit keinen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung.

C) Ergebnis

Der Ablehnungsbescheid ist somit rechtmäßig und verletzt P nicht in ihren Rechten. Die Klage ist somit unbegründet.

⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37.