

Privatdozentin Dr. Birgit Schmidt am Busch, LL.M. (Univ. Iowa), Humboldt-Universität zu Berlin*

»Nebenwirkungen der Niederlassungsfreiheit für Apotheker«

THEMATIK	Antrag nach §§ 80a III 2, 80 V VwGO, Niederlassungsfreiheit, Vorlagepflicht an den EuGH
SCHWIERIGKEITSGRAD	Examen
BEARBEITUNGSZEIT	5 Stunden
HILFSMITTEL	Textausgaben Apothekengesetz, Berliner Kammergesetz und Europarecht

■ SACHVERHALT

Am 3.7.2008 hat die niederländische Internet Versand-Apotheke Mr. Doris Co., eine Aktiengesellschaft, mit Genehmigung des Landesamtes für Gesundheit und Soziales eine Zweigstelle am Kurfürstendamm eröffnet. Obwohl nach den §§ 1 III, 7 und 8 des Apothekengesetzes (ApoG) eine Apothekenbetriebserlaubnis nur an natürliche Personen erteilt werden darf, begründet das Landesamt die Erlaubniserteilung an Mr. Doris Co. mit der zwingenden Anwendung der Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EG. Das Landesamt hatte gleichzeitig verfügt, dass die Verpflichtung zur persönlichen Leitung der Zweigstelle in eigener Verantwortung der von Mr. Doris Co. namentlich benannten verantwortlichen Apothekerin als Privatperson obliege.

Da Mr. Doris Co. die nicht-verschreibungspflichtigen Arzneimittel, die keinen gesetzlichen Preisbeschränkungen unterliegen, zu sehr günstigen Preisen anbietet, findet die Zweigstelle auf dem Kurfürstendamm großen Zulauf. Die gesamte Apothekerschaft in Berlin ist empört. In Deutschland gelte das Fremdbesitzverbot; das Landesamt habe sehenden Auges gegen deutsche Rechtsbestimmungen verstoßen. Die Berufung auf die europäische Niederlassungsfreiheit sei nur vorgeschoben. Die Berliner Gesundheitsverwaltung versuche auf diese Weise, die gewachsenen Strukturen des Apothekenmarkts aufzubrechen, nachdem sich aus gutem Grund bislang im Bundestag keine Mehrheit für die Abschaffung des Fremdbesitzverbots gefunden habe.

Die Apothekerschaft beschließt, die unverzügliche Schließung der Mr. Doris Co.-Zweigstelle auf dem Kurfürstendamm zu erreichen. Daher legen die Berliner Apothekerkammer, der Deutsche Apothekerverband e.V. (eine private Interessenvereinigung der deutschen Apothekenleiter) sowie die Apothekerin Carla Spitzweg, die in unmittelbarer Nähe der Mr. Doris Co.-Apotheke seit mehr als 20 Jahren eine Apotheke unterhält, unmittelbar nach Eröffnung der Mr. Doris Co.-Zweigstelle Widerspruch gegen die der Mr. Doris Co. erteilten Apothekenbetriebserlaubnis ein. Da das Landesamt die sofortige Vollziehung der Apothekenbetriebserlaubnis angeordnet hat, beantragen sie gleichzeitig die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsbehelfs beim VG Berlin.

Die drei Antragsteller begründen ihren Antrag damit, dass das Fremdbesitzverbot für Apotheken in § 8 ApoG nicht gegen die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages verstoße. Ziel des Fremdbesitzverbots sei die Sicherstellung der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sowie der Gesundheits- und Verbraucherschutz. Kapitalgesellschaften seien wegen des Renditeinteresses der Kapitalgeber allein auf Gewinnstreben aus. Bei ihnen stehe der Kommerzialisierungs- und Konzentrierungsgedanke im Vordergrund. Dadurch sei die neutrale Beratung der Kunden gefährdet, die Versorgung der Bevölkerung im ländlichen Raum nicht mehr gewährleistet. Selbst wenn ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vorläge, sei das Landesamt für Gesundheit und Soziales nicht berechtigt gewesen, Gemeinschaftsrecht anzuwenden. Den nationalen Behörden stehe keine Kompetenz zur Verwerfung des deutschen Rechts zu, wie sich aus Art. 100 GG ergäbe. Sie könnten sich nicht einfach über den Willen des nationalen Gesetzgebers hinwegsetzen.

Das Landesamt für Gesundheit und Soziales wendet dagegen ein, alle drei Antragsteller seien schon gar nicht antragsbefugt. Das Fremdbesitzverbot sei nicht drittsschützend, solle insbesondere nicht den Einzelnen vor Konkurrenz schützen. Die Berliner Apothekerkammer und der Deutsche Apothekerverband e.V. könnten für ihre Mitglieder kein Klagerecht herleiten, insbesondere ließe sich kein Klagerecht der Berliner Apothekerkammer aus dem Berliner Kammergesetz entnehmen.

In der Sache habe das Landesamt wegen des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten § 8 ApoG außer Acht lassen müssen. Das Fremdbesitzverbot stelle einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EG dar, für den es keine Rechtfertigung gebe. Der Gesundheitsschutz hinge nicht von der Eigentumsform einer Apotheke ab. Die Arzneimittelversorgung sei unabhängig von der Eigentumsform gewährleistet. Das Landesamt verweist auf die Rechtslage in anderen EU-Mitgliedsstaaten und in Norwegen, in denen Kapitalgesellschaften der Zugang zu Apotheken erlaubt sei. Der EuGH habe bereits für den Beruf des Optikers festgestellt, dass ein Fremdbesitzverbot gegen die Niederlassungsfreiheit verstoße, weil weniger einschneidende Maßnahmen wie z.B. die Präsenzpflcht eines Optikers und dessen zivilrechtliche Haftung ausreichend Schutz für die Kunden böten.

Die Antragsteller widersprechen nachdrücklich der Auffassung des Landesamts, sie seien nicht antragsbefugt. Die Berliner Apothekerkammer beruft sich auf die ihr zugewiesenen Aufgaben im Ber-

* Die Autorin ist Privatdozentin an der Humboldt – Universität zu Berlin und Regierungsdirektorin im Bayerischen Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz.

liner Kammergesetz. Sie könne insbesondere bei Kapitalgesellschaften nicht ihren Überwachungsaufgaben nachkommen, da eine Kapitalgesellschaft als juristische Person nicht Mitglied der Apothekerkammer sein könne. Der Deutsche Apothekerverband e.V. verweist darauf, dass er die Interessen der Vereinsmitglieder wahrnehme. Die klagende Apothekerin Carla Spitzweg schließlich beruft sich auf die drittbeschützende Wirkung des Fremdbesitzverbots, hilfsweise auf ihre Grundrechte.

Im Übrigen tragen alle drei Antragsteller vor, dass der Beruf des Apothekers auf keinen Fall mit dem des Optikers vergleichbar sei. Anders als bei den Tätigkeiten des Optikers könnten Fehler bei der Medikation zu schweren Körperverletzungen oder gar zum Tod führen.

Sie bezweifeln weiterhin, dass der Verwaltung im konkreten Fall eine Verwerfungskompetenz zusteht. Selbst wenn der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts auch für Behörden gelte, könne es doch wohl kaum sein, dass plötzlich Kapitalgesellschaften uneingeschränkter Zugang zum Apothekenmarkt hätten. Aus einem möglichen Verstoß des Fremdbesitzverbots gegen das Gemeinschaftsrecht folge kein uneingeschränkter Anspruch der Kapitalgesellschaft auf den Betrieb einer Apotheke, sondern lediglich eine Pflicht des deutschen Gesetzgebers, einen gemeinschaftskonformen Erlaubnistatbestand für Kapitalgesellschaften zu schaffen.

A. Wie sind die Erfolgsaussichten des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz?

Beachte: Die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen im Apothekengesetz zum Fremdbesitzverbot ist nicht zu behandeln!

B. Hat das VG Berlin im jetzigen Stadium dem EuGH vorzulegen? Welche Fragen sollten ggf. dem EuGH vorgelegt werden?

Hinweis: Der Sachverhalt kann unproblematisch in jedes Bundesland verlegt werden. Abweichungen bei der Lösung ergeben sich allenfalls auf Grund der unterschiedlichen Kammergesetze der Länder im Hinblick auf die Antragsbefugnis der jeweiligen Landesapothekerkammer.