

# Übungsfall: „...und fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker“\*

## Zu verfassungs- und unionsrechtlichen Problemen des Fremdbesitzverbots für Apotheken

Von Wiss. Mitarbeiter Ass. iur. **Christopher Finck**, Mag. iur., Maître en Droit, Ass. iur. **Andreas Gornik**, Mainz\*\*

*Der Fall war Gegenstand der dreistündigen Semesterabschlussklausur für die Vorlesung „Verfassungs- und europarechtliche Grundlagen des Wirtschaftsverwaltungsrechts“ im Schwerpunktbereich „Wirtschaft und Verwaltung“ an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Er beschäftigt sich mit Kernproblemen des Verfassungs- und Unionsrechts, so dass er auch mit den Kenntnissen aus dem Pflichtfach lösbar sein sollte. Aufgabenstellungen seiner Art erfreuen sich jedenfalls auch in der Praxis der Landesprüfungsämter wachsender Beliebtheit.*

### Sachverhalt

Die MPTLM S.A. – Médicaments Pour Tout Le Monde Société Anonyme (M) – ist eine französische Aktiengesellschaft mit Sitz in Straßburg (Frankreich). Sie hat sich auf den Versand von Arzneimitteln spezialisiert, die sie über das Internet vertreibt. Nun möchte sie auch den deutschen Markt für sich erschließen. Die skeptischen Deutschen trauen dem unpersönlichen Internethandel mit Medikamenten jedoch nicht. Daher entschließt sich M, eine seit vielen Jahren bestehende, „echte“ Apotheke im grenznahen rheinland-pfälzischen Landau von deren bisherigen Inhaber zu übernehmen.

Hierzu beantragt sie bei dem zuständigen Landesamt für Soziales, Jugend und Versorgung die Genehmigung zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke gemäß § 1 Abs. 2 ApoG<sup>1</sup>. Der zuständige Sachbearbeiter erteilt M die Erlaubnis mit der Maßgabe, einen Apotheker für die persönliche Leitung der Landauer Apotheke unter eigener Verantwortung einzustellen. Die Regelungen der §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG, die es Nicht-Apothekern verbieten, Eigentümer oder Betreiber von Apotheken zu sein (sog. Fremdbesitzverbot), lässt er unangewendet. Diese hält er, wie er auch in der Begründung des Bescheides erkennen lässt, für unionsrechtswidrig. Im Übrigen sieht er richtigerweise keine Versagungsgründe.

Kurze Zeit später eröffnet M ihre Apotheke. Dies bleibt auch den übrigen Apothekern in Landau nicht verborgen. Entrüstet wenden sie sich an die Landesapothekerkammer Rheinland-Pfalz in Mainz. Es könne nicht angehen, dass für eine Kapitalgesellschaft wie M, bloß weil sie aus Frankreich komme, Ausnahmen von einer Regelung gemacht werden, die sonst für alle gelte. Es gehe schließlich um die Gesundheit der Bevölkerung und um eine sichere und qualitativ

hochwertige Versorgung mit Arzneimitteln. Ein profitierendes Unternehmen könne nicht in gleichem Maße verantwortungsvoll mit so wichtigen Gütern wie Medikamenten umgehen wie ein gut ausgebildeter, erfahrener und verantwortungsbewusster Apotheker. Von dieser Argumentation überzeugt, ziehen die Landesapothekerkammer und einige ortsansässige Apotheker gegen die Genehmigung vor das zuständige Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstraße.

Einen Verstoß gegen Unionsrecht kann dieses Gericht, wie es mit ausführlicher Begründung darlegt, zwar nicht erkennen. Etwaige Beeinträchtigungen der EU-Grundfreiheiten seien jedenfalls gerechtfertigt. Indes hält das Verwaltungsgericht die nicht angewendeten Normen für grundrechtswidrig. Eine Möglichkeit zur verfassungskonformen Auslegung der Norm bestehe nicht. Da es sich zudem nicht in der Lage sieht, den Rechtsstreit ohne eine Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit von §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG abzuschließen, setzt das Gericht das Verfahren aus und ruft – nach entsprechendem Beschluss – das Bundesverfassungsgericht an.

Wie wird das Bundesverfassungsgericht entscheiden?

### Bearbeitervermerk

Es ist zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen gutachterlich, ggf. hilfsgutachterlich, Stellung zu nehmen. Die formelle Verfassungsmäßigkeit des ApoG ist zu unterstellen.

### Hinweise zu Schwerpunkten und Bewertung

Die Klausur lehnt sich thematisch an die DocMorris-Entscheidungen des OVG Saarlouis (EuZW 2007, 351) und des EuGH (EuZW 2009, 409) zum Fremdbesitzverbot für Apotheken an.<sup>2</sup> Dabei verzahnt sie verfassungsrechtliche und verfassungsprozessuale Fragestellungen mit solchen des Rechts der Europäischen Union im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle. Eine gelungene Bearbeitung setzte damit zunächst die Kenntnis der Prüfungsstruktur dieser in der Prüfungspraxis weniger häufig vorkommenden Verfahrensart voraus. Der besondere „Kniff“ der Klausur lag darin, dass die Vereinbarkeit des Fremdbesitzverbots mit der Niederlassungsfreiheit bereits in der Zulässigkeit, nämlich im Rahmen der Entscheidungserheblichkeit zu untersuchen war. Besonders war hier auf die Darstellung des richtigen Prüfungsmaßstabs zu achten. So kommt es für das Bundesverfassungsgericht allein darauf an, dass die Annahme einer Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht durch das Vorlagegericht nachvollziehbar und nicht unvertretbar ist, was sich in der Klausur freilich nur durch eine gutachterliche Prüfung eines Verstoßes gegen die Grundfreiheiten ermitteln lässt. Im Übrigen war ein sicherer Umgang mit der Dogmatik der Grundfreiheiten und Grund-

\* Zum Titel vgl. § 4 Abs. 3 S. 1 Heilmittelwerbegesetz (HWG).

\*\* Der Autor *Finck* ist, der Autor *Gornik* war wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Rechtsvergleichung und Europarecht (Prof. *Dr. Elke Gurlit*) an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Sie danken der Lehrstuhlinhaberin für die nützlichen Anmerkungen.

<sup>1</sup> Die §§ 1, 2, 7 und 8 des Apothekengesetzes waren in der Originalklausur abgedruckt. Es findet sich im Sartorius Ergänzungsband, lfd. Nr. 271.

<sup>2</sup> Zu Verlauf und Hintergründen des Rechtsstreits siehe die Anmerkungen von *Herrmann*, EuZW 2009, 409 (413).

rechte gefordert, wobei es dort für eine ordentliche Bewertung auf eine strukturierte Argumentation und nicht auf das schlussendlich gefundene Ergebnis ankam.

### Lösungsvorschlag

Bei der Vorlage des Verwaltungsgerichts Neustadt a.d.W. handelt es sich um eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht wird die §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG gemäß §§ 82 Abs. 1, 78 BVerfGG für nichtig erklären,<sup>3</sup> soweit die Richtervorlage zulässig ist und die genannten Vorschriften des ApoG im Widerspruch zur Verfassung stehen.

### A. Zulässigkeit

Die Vorlage ist zulässig, soweit die notwendigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen.

### I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Im Verfahren der konkreten Normenkontrolle entscheidet nach Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG das Bundesverfassungsgericht.

### II. Vorlageberechtigung

Die erforderliche Vorlageberechtigung ist gegeben für „Spruchstellen, die, sachlich unabhängig, in einem formell gültigen Gesetz mit den Aufgaben eines Gerichts betraut und als Gerichte bezeichnet sind“.<sup>4</sup> Für das Verwaltungsgericht Neustadt a.d.W. gilt dies gemäß § 1 VwGO, § 3 Abs. 1 GerOrgG RhPf, so dass dieses vorlageberechtigt ist.

### III. Vorlagegegenstand

Bei den Vorschriften des ApoG müsste es sich um einen tauglichen Vorlagegegenstand im Sinne des Art. 100 Abs. 1 GG handeln. Diese Voraussetzung erfüllen nur formelle Bundes- oder Landesgesetze.<sup>5</sup> Zudem erfasst das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts nur nachkonstitutionelles Recht.<sup>6</sup> Bei den Normen des ApoG handelt es sich um Vorschriften eines formellen Bundesgesetzes, das erst nach Inkrafttreten des GG erlassen wurde, so dass ein tauglicher Vorlagegegenstand gegeben ist.

<sup>3</sup> Möglich ist auch eine bloße Feststellung der Unvereinbarkeit mit dem GG, s. § 31 Abs. 2 BVerfGG oder §§ 82 Abs. 1, 79 Abs. 1 BVerfGG; zu den beiden zentralen Fallgruppen dieser Tenorierungsmöglichkeit vgl. BVerfGE 87, 153 (177 f.).

<sup>4</sup> BVerfGE 6, 55 (63).

<sup>5</sup> BVerfGE 1, 184 (189 ff., 201); aus neuerer Zeit BVerfGE 114, 303 (310).

<sup>6</sup> BVerfGE 32, 296 (299 f.); 97, 117 (122 f.). Vorkonstitutionelle Gesetze unterfallen dem Verwerfungsmonopol, soweit ein dem GG unterworfenen Gesetzgeber ein solches Gesetz in seinen Willen aufgenommen hat, BVerfGE 6, 55 (65); zu den Voraussetzungen einer Zurechnung in diesem Sinne siehe auch *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 784 ff.; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 591 ff.

### IV. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des vorgelegten Gesetzes

Laut Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG bedarf es der Überzeugung des vorlegenden Gerichts, dass die vorgelegte Norm der Verfassung widerspricht.<sup>7</sup> Dafür muss es an einer Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung fehlen.<sup>8</sup> Bloße Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift reichen nicht aus.<sup>9</sup> Sowohl die Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit als auch die Auslegungsmöglichkeiten, für die sich das vorlegende Gericht entschieden hat, sind näher darzulegen.<sup>10</sup> Aus den §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG ergibt sich eindeutig das Verbot des Fremdbesitzes von Apotheken, ohne dass diese Vorschriften einer anderen Auslegung zugänglich wären. Wie das Verwaltungsgericht ausführt, hält es die genannten Normen des ApoG in dieser Auslegungsvariante für grundrechts- und damit verfassungswidrig. Damit hat es seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit im erforderlichen Maße dargelegt.

### V. Entscheidungserheblichkeit

Das Bundesverfassungsgericht wird nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG über die Vorlage nur entscheiden, wenn die §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG im Ausgangsrechtsstreit auch entscheidungserheblich sind.<sup>11</sup> Gemäß § 80 Abs. 2 BVerfGG ist die Entscheidungserheblichkeit zu begründen. Das vorlegende Gericht muss darlegen, dass es für das Ergebnis seines Verfahrens darauf ankommt, ob das Bundesverfassungsgericht die fragliche Norm für nichtig erklärt und diese infolgedessen unangewendet bleiben muss.<sup>12</sup> Maßgeblich für die Entscheidungserheblichkeit ist grundsätzlich die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts. Das Bundesverfassungsgericht prüft lediglich, ob diese vertretbar und nachvollziehbar dargelegt ist.<sup>13</sup>

#### 1. Mangelnde Entscheidungserheblichkeit aufgrund unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs

Die Entscheidungserheblichkeit ist jedoch ausgeschlossen, wenn feststeht, dass die zu kontrollierenden Normen infolge Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unangewendet bleiben müssen, denn dann wären sie ohnehin ohne Einfluss auf die gerichtliche Entscheidung im Ausgangsstreit.<sup>14</sup> Der unionsrechtliche Anwendungsvorrang führt dazu, dass nationale Vorschriften nur in den Fällen unangewendet bleiben, in denen es tatsächlich zu einer Kollision mit dem Unionsrecht

<sup>7</sup> BVerfGE 86, 52 (57); auf die Rechtsauffassung der Verfahrensbeteiligten kommt es dagegen nicht an, *Sturm*, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2011, Art. 100 Rn. 13; *Hillgruber/Goos* (Fn. 6), Rn. 612.

<sup>8</sup> BVerfGE 22, 373 (377); 48, 40 (45 f.).

<sup>9</sup> BVerfGE 80, 54 (59); 86, 52 (57).

<sup>10</sup> Aus jüngerer Zeit BVerfGE 124, 251 (262).

<sup>11</sup> BVerfGE 11, 330 (334 f.); 107, 218 (232).

<sup>12</sup> BVerfGE 35, 303 (306); 90, 145 (166).

<sup>13</sup> BVerfGE 99, 280 (288); 116, 164 (179); 131, 1 (15).

<sup>14</sup> Siehe BVerfGE 85, 191 (203 ff.); 116, 202 (214).

kommt.<sup>15</sup> Erforderlich aber ausreichend für ein Fehlen der Entscheidungserheblichkeit im Ausgangsverfahren ist damit, dass im konkreten Fall eine Anwendung des Fremdbesitzverbots zu einem Widerspruch mit dem Unionsrecht führt. Auf die grundsätzliche Unionsrechtswidrigkeit kommt es nicht an.

*Hinweis:* Die Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil beispielsweise die Prüfung der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten – Stichwort „grenzüberschreitender Sachverhalt“ – oder der Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall zu einem anderen Ergebnis führen kann als bei einer abstrakten Prüfung der Unionsrechtswidrigkeit.

Aus der Vorlage des Verwaltungsgerichts muss sich also nachvollziehbar ergeben, dass nicht bereits feststeht, dass eine Anwendung des Fremdbesitzverbots im Ausgangsverfahren unionsrechtswidrig ist. Die Unionsrechtswidrigkeit steht dann nicht fest, wenn sich eine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht vertretbar begründen lässt. Es muss also ermittelt werden, ob sich – anhand der Rechtsprechung der Unionsgerichte – nicht eindeutig eine Unionsrechtswidrigkeit ergibt, die so die Entscheidungserheblichkeit und damit die Zulässigkeit der Vorlage zum Bundesverfassungsgericht hindern würde. Erscheint die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht dagegen zumindest vertretbar und bestehen hinsichtlich der Unionsrechtswidrigkeit lediglich Zweifel, käme es für die Entscheidungserheblichkeit, die sowohl Zulässigkeitsvoraussetzung der Vorlage als auch eines klärenden Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV ist, auf die im jeweils anderen Verfahren zu ermittelnde Unanwendbarkeit der fraglichen Normen wegen Verstoßes gegen das dort prüfungsmaßstäbliche höherrangige Recht an. Damit hinge in dieser Konstellation die Zulässigkeit des einen Verfahrens von der Sachentscheidung des jeweils anderen Verfahrens ab. Eine feste Rangfolge der beiden Vorlageverfahren besteht deshalb im Falle bloßer Zweifel nicht. Dann kann das Verwaltungsgericht das durchzuführende Vorlageverfahren selbst wählen.<sup>16</sup> Steht also nach der nachvollziehbaren Begründung der Vorlage die Unionsrechtswidrigkeit nicht fest und ist diese nur zweifelhaft, kommt die Entscheidungserheblichkeit der in Frage stehenden Normen weiter in Betracht.

Hier ließe sich möglicherweise ein eindeutiger Verstoß gegen Unionsrecht wegen Verletzung der Grundfreiheiten, namentlich der Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 49 AEUV, feststellen.

<sup>15</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Art. 288 Rn. 52 f.; *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 220.

<sup>16</sup> BVerfGE 116, 202 (214 f.); EuGH, Urt. v. 27.6.1991 – C-348/89 (Mecanarte – Metalúrgica da Lagoa Ld<sup>a</sup>/Chefe do Serviço da Conferência Final da Al-fândega do Porto) = Slg. 1991, I-3277 (3311 Rn. 38). Zum Verhältnis von konkreter Normenkontrolle und Vorabentscheidungsverfahren bei Unionsrecht umsetzendem nationalen Recht siehe BVerfGE 129, 186 (199 ff.), dazu *Thiemann*, Jura 2012, 902; *Wendel*, EuZW 2012, 213.

#### a) Anwendungsbereich der Grundfreiheiten

Wie sich den Art. 34, 45 Abs. 1 und 2, 49 Abs. 1, 56 Abs. 1, 63 AEUV entnehmen lässt, setzt die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten einen grenzüberschreitenden Bezug voraus.<sup>17</sup> Der so erforderliche zwischenstaatliche Zusammenhang resultiert hier aus dem Umstand, dass das Fremdbesitzverbot auch für potentielle Fremdbesitzer aus dem EU-Ausland gilt. Dies zeigt sich auch im Ausgangsverfahren, wo M als französische Kapitalgesellschaft<sup>18</sup> nach deutschem Recht in Deutschland nicht Inhaberin einer Apotheke sein darf. Der grenzüberschreitende Bezug besteht mithin.

Spezielles Sekundärrecht, das einer Anwendung der Grundfreiheiten vorgeht,<sup>19</sup> ist nicht ersichtlich.<sup>20</sup>

Zudem sind die Grundfreiheiten innerstaatlich unmittelbar anwendbar.<sup>21</sup>

#### b) Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit

Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst in persönlicher Hinsicht neben natürlichen Personen gemäß Art. 49 Abs. 1 AEUV laut Art. 54 Abs. 1 AEUV auch nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete juristische Personen,<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Explizit für die Niederlassungsfreiheit EuGH, Urt. v. 16.1.1997 – C-134/95 (USSL N° 47 Di Biella) = Slg. 1997, I-195 (210 Rn. 19 ff.); grds. dazu *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 23; eine Schlechterstellung von Inländern in rein innerstaatlichen Sachverhalten – die sog. Inländerdiskriminierung – reicht dafür nicht aus, siehe *Streinz* (Fn. 15), Rn. 819 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Art. L225-1 Code de commerce.

<sup>19</sup> Näher dazu *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 34-36 AEUV Rn. 18; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim (Hrsg.), Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 28 Rn. 9; allerdings kann das Sekundärrecht kein *lex specialis* gegenüber den höherrangigen primärrechtlichen Grundfreiheiten sein, *Harasch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 789.

<sup>20</sup> Die RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. EG 2005 Nr. L 255, S. 22, zuletzt geändert durch VO (EU) 213/2011, ABl. EU 2011 Nr. L 59, S. 4, enthält, wie sich aus Erwägungsgrund 26 derselben ergibt, keine Vorgaben dazu, ob und welche Gesellschaften eine Apotheke betreiben dürfen, vgl. EuGH, Urt. v. 19.5.2009 – C-171/07, C-172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes u.a./Saarland u.a.) = Slg. 2009, I-4171 (4179 Rn. 20).

<sup>21</sup> Zur Niederlassungsfreiheit EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97 (Centros) = Slg. 1999, I-1459 (1493 Rn. 27); näher zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten vgl. *Streinz* (Fn. 15), Rn. 848, 448 ff.

<sup>22</sup> Im Rahmen des Art. 54 Abs. 2 AEUV kommt es auf die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft nicht an. Maßgeblich ist nicht der einzelstaatliche gesellschaftsrechtliche Status, sondern die Marktteilnahme, weshalb auch teilrechtsfähige Gesellschaften (in Deutschland bspw. OHG, KG und GbR, soweit ihr Teilrechtsfähigkeit zukommt) erfasst werden, *Müller-Graf*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 54 AEUV Rn. 2 ff.; *Nettesheim* (Fn. 19), § 28 Rn. 13.

die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Unionsgebiet haben. M ist eine Aktiengesellschaft französischen Rechts mit Sitz in Straßburg und fällt damit in den persönlichen Schutzbereich.

Der sachliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit umfasst „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“.<sup>23</sup> Es geht also um die Teilnahme am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als des Herkunftsstaates in „stabiler und kontinuierlicher Weise“.<sup>24</sup> Damit lässt sich der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit von dem der Dienstleistungsfreiheit abgrenzen, bei der es um die vorübergehende Ausübung einer Tätigkeit geht, wobei Dauer, Häufigkeit, Regelmäßigkeit und Kontinuität der Leistungserbringung zu berücksichtigen sind.<sup>25</sup> Im Unterschied zur Arbeitnehmerfreizügigkeit schützt die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 Abs. 2 AEUV selbstständige Erwerbstätigkeit, worunter jede weisungsfreie, entgeltliche Tätigkeit in eigener Verantwortung zu verstehen ist.<sup>26</sup> Eine Apotheke wird ortsfest<sup>27</sup> und zur Erzielung von Gewinnen, also im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit betrieben. Zudem erfolgt ihr Betrieb kontinuierlich und ist auf Dauer angelegt, wobei M hier selbst die wirtschaftliche Verantwortung tragen würde. Auch der sachliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ist somit betroffen.

Eine Bereichsausnahme vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 51 AEUV ist nicht ersichtlich,<sup>28</sup> so dass dieser insgesamt eröffnet ist.

#### c) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

Bei dem Fremdbesitzverbot könnte es sich um eine verbotene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der M im Sinne des Art. 49 Abs. 1 AEUV handeln. Die Niederlassungsfreiheit bindet vor allem die Organe der Union sowie die Mitglied-

staaten.<sup>29</sup> So muss auch die Bundesrepublik beim Erlass von Gesetzen die Niederlassungsfreiheit berücksichtigen.

Wie Art. 49 Abs. 2 AEUV verdeutlicht, ist die Niederlassungsfreiheit in erster Linie als Diskriminierungsverbot ausgestaltet und damit eine besondere Ausprägung des Art. 18 AEUV.<sup>30</sup> Das ApoG unterscheidet aber hinsichtlich des Fremdbesitzverbotes nicht nach der Herkunft der potentiellen Fremdbesitzer und gilt unterschiedslos auch für Inländer, so dass eine Beschränkung wegen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot ausscheidet.

Indessen ist anerkannt, dass die Grundfreiheiten darüber hinausgehende, allgemeine Beschränkungsverbote enthalten.<sup>31</sup> In die Niederlassungsfreiheit wird daher auch durch Maßnahmen eingegriffen, die zwar keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellen, aber geeignet sind, die Ausübung dieser Freiheit durch die Unionsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.<sup>32</sup> Zu solchen Maßnahmen rechnen insbesondere Regelungen, wonach die Niederlassung eines Wirtschaftsteilnehmers nur aufgrund einer Erlaubnis möglich ist, deren Erteilung von zuvor festgelegten Anforderungen abhängig gemacht wird, denn solche Regelungen können Wirtschaftsteilnehmer eines anderen Mitgliedstaates davon abhalten, oder gar daran hindern, im Aufnahmemitgliedstaat ihrer Tätigkeit mittels einer Betriebsstätte nachzugehen.<sup>33</sup> Das Fremdbesitzverbot führt dazu, dass nur Apotheker persönlich eine Apotheke führen können. Anderen Wirtschaftsteilnehmern kann die dafür erforderliche Erlaubnis nicht erteilt werden. Auch M erfüllt die Anforderungen an eine Erlaubniserteilung deshalb nicht, so dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im vorgenannten Sinne gegeben ist.<sup>34</sup>

*Hinweis:* Darauf, ob der Beschränkungs begriff bei der Niederlassungsfreiheit wegen Konvergenz der Grundfreiheiten in Anlehnung an die Keck-Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit<sup>35</sup> auf „spezifische Zu-

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.1991 – C-221/89 (Factortame) = Slg. 1991, I-3905 (3965 Rn. 20).

<sup>24</sup> EuGH, Urt. v. 30.11.1995 – C-55/94 (Gebhard) = Slg. 1995, I-4165 (4195 Rn. 25); EuGH, Urt. v. 24.5.2011 – C-54/08 (Kommission/Deutschland) = Slg. 2011, I-4355, (4381 Rn. 79).

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 30.11.1995 – C-55/94 (Gebhard) = Slg. 1995, I-4165 (4195 Rn. 26 f.).

<sup>26</sup> Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 49 AEUV Rn. 10; zu weiteren Abgrenzungskriterien EuGH, Urt. v. 14.12.1989 – C-3/87 (The Queen/Ministry of Agriculture) = Slg. 1989, 4459 (4505 Rn. 35 f.).

<sup>27</sup> Laut § 1 Abs. 3 ApoG gilt die Betriebserlaubnis nur für die in der Erlaubnisurkunde bezeichneten Räume.

<sup>28</sup> § 1 Abs. 1 ApoG überträgt zwar den Apotheken die Aufgabe der im öffentlichen Interesse gebotenen Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung, eine „unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“, vgl. EuGH, Urt. v. 13.7.1993 – C-42/92 (Thijssen) = Slg. 1993, I-4047 (4069 Rn. 8), lässt sich in der Wahrnehmung dieser Aufgabe aber nicht erblicken.

<sup>29</sup> Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 49 AEUV Rn. 9; Müller-Graf (Fn. 22), Art. 49 AEUV Rn. 33 ff.; Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 19), Rn. 933 auch zur umstrittenen Frage der Bindung Privater.

<sup>30</sup> Nettesheim (Fn. 19), § 28 Rn. 33; Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 19), Rn. 934 ff. auch zur Unterscheidung zwischen offenen und versteckten Diskriminierungen.

<sup>31</sup> Streinz (Fn. 15), Rn. 804; Tietje, in: Ehlers (Fn. 17), § 10 Rn. 53.

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 31.3.1993 – C-19/92 (Kraus) = Slg. 1993, I-1663 (1697 Rn. 32); EuGH, Urt. v. 14.10.2004 (Kommission/Niederlande) = Slg. 2004, I-9761 (9791 Rn. 15).

<sup>33</sup> EuGH, Urt. 10.3.2009 – C-169/07 (Hartlauer) = Slg. 2009, I-1721 (1730 Rn. 34 f.); EuGH, Urt. v. 19.5.2009 – C-171/07 u. C-172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes u.a./Saarland u.a.) = Slg. 2009, I-4171 (4180 Rn. 23).

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 19.5.2009 – C-171/07 u. C-172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes u.a./Saarland u.a.) = Slg. 2009, I-4171 (4180 Rn. 24).

<sup>35</sup> EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91 u. C-268/91 (Keck und Mithouard) = Slg. 1993, I-6097 (6131 Rn. 16 f.).

gangshindernisse“ unter Ausschluss bloßer „Standortbedingungen“ zu reduzieren ist,<sup>36</sup> kommt es hier nicht an, denn das Fremdbesitzverbot hindert den Marktzugang von Kapitalgesellschaften, so dass es vom Beschränkungsbe-  
griff jedenfalls erfasst wird.

#### d) Rechtfertigung der Beschränkung

Jedoch könnte die Beschränkung gerechtfertigt sein. Eine geschriebene Schranke der Niederlassungsfreiheit stellt Art. 52 Abs. 1 AEUV dar. Dieser lässt Sonderregeln für Ausländer aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zu.<sup>37</sup> Die Vorschrift erlaubt ihrem Wortlaut nach eigentlich nur eine Rechtfertigung von offenen Diskriminierungen.<sup>38</sup> Ob die Schrankenklausele des Art. 52 Abs. 1 AEUV darüber hinaus auch für die Rechtfertigung versteckter Diskriminierungen sowie unterschiedslos geltender Maßnahmen herangezogen werden kann, ist umstritten,<sup>39</sup> in der neueren Rechtsprechung des EuGH lassen sich dafür aber Anhaltspunkte finden.<sup>40</sup> Jedenfalls aber können Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ als ungeschriebene Schranke gerechtfertigt sein, zu denen ebenfalls der Gesundheitsschutz zählt.<sup>41</sup>

Der Ausschluss von Nicht-Apothekern vom Apothekenbetrieb soll eine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten gewährleisten. Damit kommt eine Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch das Fremdbesitzverbot aus Gründen des Gesundheitsschutzes in Betracht. Dafür müsste das Fremdbesitzverbot allerdings im konkreten Fall dazu geeignet sein, die Verwirklichung des Gesundheitsschutzes zu ge-

währleisten und dürfte nicht über das hinausgehen, was zu seiner Verwirklichung erforderlich ist.<sup>42</sup>

*Hinweis:* Eine Angemessenheitsprüfung, wie im Rahmen des deutschen Verhältnismäßigkeitsprinzips, findet bei den Grundfreiheiten regelmäßig nicht statt.<sup>43</sup>

Sofern Gefahren für die menschliche Gesundheit zu erwarten sind, muss ein Mitgliedstaat nicht abwarten, bis der Beweis für das tatsächliche Bestehen der Gefahr vollständig erbracht werden kann, bevor er Schutzmaßnahmen ergreift. Er darf solche Maßnahmen durchführen, die die zu verhütende Gefahr im Vorfeld weitestmöglich verringern.<sup>44</sup> Die Anwendung des Fremdbesitzverbotes müsste hier also dazu geeignet sein, Gefahren, die von einem Apothekenbetrieb durch M ausgehen, zumindest zu verringern. Wegen der bei falscher Verwendung auftretenden Gefahren für die Gesundheit der Patienten und der unnötigen Belastungen der Krankenversicherungssysteme bei falschem Medikamentengebrauch weist der Handel mit Arzneimitteln einen besonderen Charakter auf.<sup>45</sup> Sowohl approbierte Apotheker als auch Pharmakonzerne werden eine Apotheke mit einer gewissen Gewinnerzielungsabsicht betreiben. Indessen handelt ein Apotheker beim Betrieb der eigenen Apotheke auf der Grundlage seiner Ausbildung, Erfahrungen und der ihm obliegenden Verantwortung unter einem besonderen „beruflich-fachlichen Blickwinkel“, wodurch sein privates Interesse an der Gewinnerzielung begrenzt wird. Dagegen ist davon auszugehen, dass sich eine Kapitalgesellschaft wie M in Ermangelung dieser Eigenschaften eher von wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen würde. So könnten bei ihr zum Betrieb der Filialapotheke angestellte Apotheker durch das bestehende Abhängigkeitsverhältnis dazu angehalten werden, zunächst diejenigen Medikamente zu verkaufen, deren Einlagerung nicht mehr lukrativ ist.<sup>46</sup> Die ausschließliche Erteilung von Apothekenbetriebs-  
erlaubnissen an approbierte Apotheker und das daraus resultierende Betriebsverbot für M erhöhen also die Wahrscheinlichkeit eines fachlich geleiteten Medikamentenvertriebs und verringern so die Gefahren für die Gesundheit und die Versi-

<sup>36</sup> Dazu siehe die Schlussanträge GA *Trstenjak* v. 2.6.2010 – C-81/09 (*Idryma Typou*) = Slg. 2010, I-10161 (10189 Rn. 74 ff.); *Nettesheim* (Fn. 19), § 28 Rn. 34; dafür *Ehlers* (Fn. 17), § 7 Rn. 87; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 19), Rn. 940; dagegen *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Bd. 1, Art. 43 EGV Rn. 103; *Tietje* (Fn. 31), § 10 Rn. 55.

<sup>37</sup> Die Schrankenbestimmung wird auf der Grundlage des Art. 52 Abs. 2 AEUV durch die RL 2004/38/EG, ABl. EG 2004 Nr. L 158, S. 77, zuletzt geändert durch VO (EU) 492/2011, ABl. EU 2011 Nr. L 141, S. 1, konkretisiert.

<sup>38</sup> *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 19), Rn. 941.

<sup>39</sup> Siehe nur *Schlag*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 49 AEUV Rn. 55; Art. 52 AEUV Rn. 3.

<sup>40</sup> A fortiori EuGH, Urt. v. 1.2.2001 – C-108/96 (*Mac Quen* u.a.) = Slg. 2001, I-837 (867 Rn. 28).

<sup>41</sup> Als ungeschriebene Schranke erstmals durch EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – 120/78 (*Cassis de Dijon*) = Slg. 1979, 649 (662 Rn. 8) bei der Warenverkehrsfreiheit eingeführt. Sie gilt aber nur für unterschiedslos anwendbare Maßnahmen und versteckte Diskriminierungen, dazu *Ehlers* (Fn. 17), § 7 Rn. 102. *Hatje*, Jura 2003, 160 (166), spricht von den Rechtfertigungsgründen des Art. 52 AEUV als „Teilmenge der zwingenden Gründe des Allgemeinwohls“.

<sup>42</sup> Siehe EuGH, Urt. v. 30.11.1995 – C-55/94 (*Gebhard*) = Slg. 1995, I-4165 (4197 Rn. 37); weitere „Schranken-Schranken“ können sich aus dem Primärrecht, insbesondere den Unionsgrundrechten, oder sekundärrechtlichen Bestimmungen ergeben, näher dazu *Ehlers* (Fn. 17), § 7 Rn. 104 ff.

<sup>43</sup> Siehe *Streinz* (Fn. 15), Rn. 845.

<sup>44</sup> EuGH, Urt. 5.6.2007 – C-170/04 (*Rosengren*) = Slg. 2007, I-4071 (4125 Rn. 49); EuGH, Urt. 19.5.2009 – C-171/07 u. 172/07, (*Apothekerkammer des Saarlandes u.a./Saarland u.a.*) = Slg. 2009, I-4171 (4181 Rn. 30).

<sup>45</sup> EuGH, Urt. 19.5.2009 – C-171/07 u. 172/07 (*Apothekerkammer des Saarlandes u.a./Saarland u.a.*) = Slg. 2009, I-4171 (4181 Rn. 31 ff.).

<sup>46</sup> Vgl. EuGH, Urt. 19.5.2009 – C-171/07 u. 172/07 (*Apothekerkammer des Saarlandes u.a./Saarland u.a.*) = Slg. 2009, I-4171 (4182 Rn. 37 ff.); siehe auch den ähnlichen Ansatz in BVerfGE 17, 232 (239).

cherungssysteme. Mithin ist das Fremdbesitzverbot zur Verwirklichung des Gesundheitsschutzes geeignet.

Erforderlich ist das Fremdbesitzverbot, wenn es kein relativ milderer aber gleichermaßen effektives Mittel zur Erreichung des erstrebten Zwecks gibt.<sup>47</sup> Als mildere Mittel wären eine Regelung, die die ständige Anwesenheit eines approbierten Apothekers in der Apotheke erfordert oder die Pflicht zum Abschluss einer Versicherung für die Haftung in Falschberatungsfällen denkbar. Außerdem käme eine Verschärfung der Kontrolle des Apothekenbetriebs in Betracht. Allerdings ist hinsichtlich der Anwesenheitspflicht zu berücksichtigen, dass sich ein angestellter Apotheker von den durch Gewinnstreben geleiteten Anweisungen der M aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses zu dieser nicht immer lösen können. Eine Versicherungspflicht könnte zwar helfen, entstandene Schäden zu ersetzen, verhindert aber nicht deren Eintritt, so wie es das Fremdbesitzverbot tut.<sup>48</sup> Betreibt ein Apotheker seine Apotheke in eigener Verantwortung drohen ihm im Falle einer Falschberatung nicht nur wirtschaftliche sondern auch standesrechtliche Folgen, wohingegen die M als Betreiberin nur etwaige Schadensersatzansprüche träfen. Für den Apotheker, der die Apotheke selbst betreibt, geht es somit nicht nur um finanzielle Verluste, sondern um seine gesamte berufliche Existenz,<sup>49</sup> so dass bei ihm auch bei strengeren Kontrollen noch von einer sorgfältigeren Beratungspraxis auszugehen ist als in einer kapitalgesellschaftstragenden Apotheke. Das Ziel einer bestmöglichen Arzneimittelversorgung kann demnach durch keine andere Maßnahme ebenso effektiv erreicht werden wie durch das Fremdbesitzverbot, so dass dieses auch erforderlich ist.<sup>50</sup>

Damit erscheint das Fremdbesitzverbot aus Gründen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt. Die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht lässt sich damit jedenfalls vertretbar darlegen und mithin nachvollziehbar begründen, dass das Unionsrecht der Anwendung der §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG nicht entgegensteht und diese deshalb mangels Anwendungsvorrang entscheidungserheblich sein können.

*Hinweis:* Mit der entsprechenden Argumentation lässt sich eine Rechtfertigung auch gut vertretbar ablehnen.<sup>51</sup> Für die Entscheidungserheblichkeit macht dies indes keinen Unterschied. Der Umstand, dass an diesem Punkt der Gegenauffassung gefolgt wird, macht die vorstehende Ar-

<sup>47</sup> Ehlers (Fn. 17), § 7 Rn. 109.

<sup>48</sup> Siehe EuGH, Urt. 19.5.2009 – C-171/07 u. 172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes u.a./Saarland u.a.) = Slg. 2009, I-4171 (4185 Rn. 53 ff.).

<sup>49</sup> EuGH, Urt. 19.5.2009 – C-171/07 u. 172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes u.a./Saarland u.a.) = Slg. 2009, I-4171 (4182 Rn. 37).

<sup>50</sup> EuGH, Urt. 19.5.2009 – C-171/07 u. 172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes u.a./Saarland u.a.) = Slg. 2009, I-4171 (4186 Rn. 57).

<sup>51</sup> So mit erwägenswerten Gründen OVG Saarlouis NVwZ-RR 2008, 95 (101 ff.); Herrmann, EuZW 2009, 409 (414 f.); Kruis, EuZW 2007, 175 (177); Martini, NJW 2009, 2112 (2116); Streinz/Herrmann, EuZW 2006, 455 (457 f.).

gumentation nicht unvertretbar. Für einen Ausschluss der Entscheidungserheblichkeit müsste die Unionsrechtswidrigkeit dagegen nicht nur wegen mehrerer vertretbarer Ansätze zweifelhaft sein, sondern aufgrund der Rechtsprechung der Unionsgerichte zweifelsfrei feststehen, woran es nach der vorangegangenen Prüfung aber fehlt.

## 2. Bedeutung für das Ausgangsverfahren

Die §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG sind aber nur dann tatsächlich entscheidungserheblich, wenn nachvollziehbar dargelegt wird, dass ihre Anwendung im Ausgangsverfahren zu einem anderen Ergebnis führt als ihre Nichtanwendung.

Wird das Fremdbesitzverbot im Ausgangsverfahren angewendet, hätte M eine Apothekenbetriebserlaubnis nicht erteilt werden dürfen. Aufgrund deren Rechtswidrigkeit hätte eine zulässige Drittanfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht Erfolg. Lässt das Gericht das Fremdbesitzverbot dagegen außer Acht, konnte M rechtmäßiger Weise eine Erlaubnis erteilt werden, so dass eine Drittanfechtungsklage jedenfalls als unbegründet abzuweisen wäre.

Für die zulässigen Klagen der ortsansässigen Apotheker, die sich für ihre Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO auf Art. 12 und 3 GG berufen können, sind die §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG also entscheidungserheblich. Der Apothekerkammer fehlt dagegen diese Klagebefugnis, weshalb ihre Klage unabhängig von der Anwendung des Fremdbesitzverbots bereits als unzulässig abzuweisen ist.<sup>52</sup> Für sie fehlt es an der Entscheidungserheblichkeit.

## VI. Formgemäßer Aussetzungs- und Vorlagebeschluss

Den nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG, § 80 Abs. 1 BVerfGG erforderlichen Aussetzungs- und Vorlagebeschluss hat das Gericht gefasst. An der Einhaltung der nach § 80 Abs. 2 BVerfGG vorgeschriebenen Form bestehen keine Zweifel.

## VII. Zwischenergebnis

Mithin ist die Vorlage des Verwaltungsgerichts Neustadt a.d.W. zulässig.

## B. Sachentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht wird gemäß §§ 82 Abs. 1, 78 BVerfGG die §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG für nichtig erklären, wenn diese nicht mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

## I. Formelle Verfassungsmäßigkeit des ApoG

Zweifel an der formellen Verfassungsmäßigkeit des ApoG bestehen laut Bearbeitervermerk nicht.

## II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Mit Blick auf die materielle Verfassungsmäßigkeit kommt aber eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 12 und 3 GG durch das Fremdbesitzverbot in Betracht.

<sup>52</sup> Siehe dazu VG Saarlouis, Beschl. v. 20.3.2007 – 3 K 361/06, Rn. 45 (juris).

*Hinweis:* Im Gegensatz zur Prüfung des etwaigen Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit im Rahmen der Entscheidungserheblichkeit ist hier eine abstrakte Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Fremdbesitzverbots unabhängig vom konkreten Fall vorzunehmen.

### 1. Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG

Das in Art. 12 Abs. 1 GG enthaltene Grundrecht der Berufsfreiheit ist verletzt, wenn das Fremdbesitzverbot in dessen Schutzbereich in verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Weise eingreift.

#### a) Schutzbereich

Das Fremdbesitzverbot verbietet Kapitalgesellschaften den Betrieb von Apotheken. Der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit müsste daher auch diese Art von Personenvereinigung fassen können.<sup>53</sup> Art. 19 Abs. 3 GG erstreckt den persönlichen Schutzbereich der Grundrechte auf inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Zu den juristischen Personen im Sinne der Vorschrift rechnen auch Kapitalgesellschaften.<sup>54</sup>

*Hinweis:* Weil das Bundesverfassungsgericht in der Normenkontrolle abstrakt die Vereinbarkeit der Vorschriften mit dem GG prüft, kommt es hier nicht darauf an, ob die französische AG M als „inländische“ juristische Person zu qualifizieren wäre.<sup>55</sup>

Auf diese müsste die Berufsfreiheit ihrem Wesen nach anwendbar sein. Teilweise wird dafür gefordert, dass der Gebrauch des grundrechtlichen Schutzes durch die juristische Person der freien Entfaltung der dahinter stehenden Personen dienen muss, dem sogenannten „personalen Substrat“.<sup>56</sup> Andere verlangen dagegen eine „grundrechtstypische Gefährdungslage“, also ein Vergleichbarkeit der Situation natürlicher und juristischer Personen im grundrechtlich geschützten Bereich.<sup>57</sup> Sofern mittels einer Kapitalgesellschaft einer „Erwerbszwecken dienenden Tätigkeit“ wie dem Betrieb einer Apotheke nachgegangen wird, sind hinsichtlich der Berufs-

freiheit diese Voraussetzungen jedenfalls erfüllt, so dass der persönliche Schutzbereich eröffnet ist.<sup>58</sup>

Der einheitliche sachliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fasst die Berufswahl und die Berufsausübung, wobei unter Beruf jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zu verstehen ist, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient und nicht verboten ist.<sup>59</sup> Der Betrieb einer Apotheke ist auf einen langen Zeitraum angelegt, erfolgt mit der Absicht der Erzielung von Gewinnen, die den Betreibern zumindest als Teil ihrer finanziellen Lebensgrundlage dienen sollen und ist nach dem ApoG auch nicht grundsätzlich verboten. Damit wird der Betrieb einer Apotheke vom sachlichen Schutzbereich erfasst.

Mithin ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet.

#### b) Eingriff

Ein Eingriff kann durch jedes staatliche Handeln erfolgen, das dem Einzelnen ein in den grundrechtlichen Schutzbereich fallendes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht bzw. erheblich erschwert.<sup>60</sup> Das Fremdbesitzverbot verbietet Kapitalgesellschaften ausnahmslos den Betrieb von Apotheken in der Bundesrepublik. Zwar bestünde für sie die Möglichkeit einer Umwandlung in eine Personengesellschaft gemäß §§ 228 ff. UmwG, der dann nach § 8 S. 1 Hs. 1 ApoG der Betrieb einer Apotheke offen stünde, sofern alle Gesellschafter die laut §§ 8 S. 1 Hs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 3 ApoG erforderliche Approbation besitzen. Somit ließe sich erwägen, dass § 8 S. 1 Hs. 1 ApoG lediglich die Form des Apothekenbetriebes durch Personenmehrheiten, also das „Wie“ des Betriebes regelt und daher eine Berufsausübungsregel<sup>61</sup> für diese darstellt. Indes führen die für eine Umwandlung zu ergreifenden Maßnahmen zu derart schwerwiegenden strukturellen Änderungen des Gesellschaftsgefüges und der für Personenvereinigungen maßgebenden Haftungsstruktur, dass nicht mehr von einem Berufszugang für Kapitalgesellschaften die Rede sein kann. Personengesellschaften stellen gegenüber diesen ein aliud dar. Für Kapitalgesellschaften wirken die §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG deshalb als unüberwindbares Hindernis hinsichtlich des Gebrauchs Ihrer Berufsfreiheit durch den Betrieb einer Apotheke und betreffen daher das „Ob“ des Zugangs zu dieser Tätigkeit. Das Fremdbesitzverbot stellt sich für sie als Berufswahlregel dar.<sup>62</sup> Diese knüpft nicht an außerhalb der betroffenen Personenmehrheit stehende Kriterien, sondern an ihre individuelle Eigenschaft als Kapitalgesellschaft an und sind daher nicht als objektive, sondern subjektive Berufswahlregel zu qualifi-

<sup>53</sup> Stellt man für die Grundrechtsprüfung auf den einzelnen Apotheker ab, der seine Apotheke mittels einer eigenen Kapitalgesellschaft betreiben möchte, so sind die Folgen für die weitere Prüfung zu beachten (vgl. Fn. 62).

<sup>54</sup> Siehe *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 6 Rn. 36; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013, Rn. 158 f.

<sup>55</sup> Aufgrund ihres effektiven Sitzes in Straßburg wäre dies aber nun nach BVerfGE 129, 78 (94 ff.) zu bejahen. Zur Folgefrage einer daraus resultierenden Möglichkeit der direkten Berufung auf die Deutschengrundrechte vgl. *Gurlit*, in: *Gurlit/Ruthig/Storr* (Hrsg.), Klausurenkurs im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2012, Fall 4 Rn. 103.

<sup>56</sup> BVerfGE 21, 362 (369).

<sup>57</sup> v. *Mutius*, in: *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, 34. EL 1975, Art. 19 Abs. 3 Rn. 37, 114.

<sup>58</sup> Vgl. BVerfGE 21, 261 (266).

<sup>59</sup> BVerfGE 7, 377 (397, 402); 78, 179 (193); *Hufen* (Fn. 54), § 35 Rn. 6.

<sup>60</sup> v. *Münch/Kunig*, in: v. *Münch/Kunig* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Vorb. Art. 1-19 Rn. 34; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 54), Rn. 253.

<sup>61</sup> Zum Begriff *Hufen* (Fn. 54), § 35 Rn. 18 ff.

<sup>62</sup> Für den Einzelapotheker (siehe Fn. 53) handelt es sich dagegen nur um eine Berufsausübungsregel.

zieren.<sup>63</sup> Die Regelung richtet sich gezielt gegen die Berufsfreiheit von Kapitalgesellschaften; daher liegt darin ein Eingriff mit nicht nur, wie von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorausgesetzt,<sup>64</sup> „objektiv“, sondern sogar „subjektiv berufsregelnder Tendenz“.

### c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dazu müsste er von den Schranken des Grundrechts gedeckt sein.

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG enthält einen einfachen Gesetzesvorbehalt, der wegen der Einheitlichkeit des Grundrechts der Berufsfreiheit sowohl Schrankenbestimmungen zur Beschränkung der Berufsausübungs- als auch der Berufswahlfreiheit erlaubt.<sup>65</sup> Diesen Gesetzesvorbehalt füllen die §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG in Gestalt eines formellen Gesetzes als Schranke aus.

Allerdings sind dem Gesetzgeber bei der Beschränkung von Grundrechten selbst Grenzen gesetzt, die sogenannten Schranken-Schranken.<sup>66</sup> Danach muss die Grundrechtsschranke ihrerseits verfassungsgemäß sein.

Nachdem die formelle Verfassungsmäßigkeit feststeht, ist im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeit insbesondere die Verhältnismäßigkeit des eingreifenden Gesetzes zu fordern. Danach bedarf es eines legitimen Zwecks, zu dessen Verwirklichung der Eingriff geeignet, erforderlich und angemessen ist.<sup>67</sup>

Als legitimer Zweck kommt nach den obigen Ausführungen der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung in Betracht.<sup>68</sup> Dieses Ziel steht, wie sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ergibt, im Einklang mit der Verfassung. Das an Kapitalgesellschaften gerichtete Verbot, Apotheken zu betreiben, erhöht, wie zuvor dargelegt, die Wahrscheinlichkeit eines ordnungsgemäßen Medikamentenvertriebes. Damit fördert das Fremdbesitzverbot den verfolgten Zweck und ist mithin geeignet, diesen zu erreichen.

Es müsste aber auch erforderlich sein. Es darf also keine weniger belastende Maßnahme zur Verfügung stehen, mit der sich der legitime Zweck ebenso gut verwirklichen lässt wie mit der gewählten Eingriffsmaßnahme. Die sogenannte „Drei-Stufen-Lehre“<sup>69</sup> orientiert sich zur Bestimmung der Eingriffsintensität an der Einordnung des Eingriffs als Berufsaus-

übungsregel auf der ersten und subjektiver oder objektiver Berufswahlregel auf der zweiten und dritten Stufe, wobei erstere grundsätzlich die Stufe mit den am wenigsten belastenden, letztere die mit den intensivsten Eingriffen darstellen soll. Solange der legitime Zweck mit einer Maßnahme einer weniger eingriffsintensiven Stufe erreicht werden kann, ist der Eingriff regelmäßig nicht erforderlich.<sup>70</sup> Hier erfolgte der Eingriff auf der zweiten Stufe in Form einer subjektiven Berufswahlregel. Wie gezeigt, sind aber Maßnahmen auf der darunterliegenden Stufe der Berufsausübungsregeln wie eine Pflichtversicherung für Falschberatungsfälle, eine Anwesenheitspflicht für approbierte Apotheker<sup>71</sup> oder eine verschärfte Kontrolle nicht ebenso zweckförderlich wie das Fremdbesitzverbot. Auch weniger eingriffsintensive Maßnahmen auf der gleichen Stufe sind nicht ersichtlich, so dass dessen Erforderlichkeit zu bejahen ist.

Schließlich müsste der Eingriff auch angemessen sein. Dazu dürfte die Intensität des Grundrechtseingriffs nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des verfolgten Zwecks stehen. Die „Drei-Stufen-Lehre“ stellt vor diesem Hintergrund an den legitimen Zweck unterschiedliche Anforderungen, je nachdem auf welcher Stufe der Eingriff einzuordnen ist, wobei die höchsten Anforderungen bei objektiven Berufswahlregeln, die niedrigsten bei Berufsausübungsregeln gestellt werden. Erfolgte der Eingriff in Form einer subjektiven Berufswahlregel, wird der Schutz „überragend wichtiger“, oder zumindest „wichtiger Gemeinschaftsgüter“ gefordert.<sup>72</sup> Die Verfassung selbst verpflichtet schon mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die staatlichen Stellen dazu, das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Bevölkerung zu schützen.<sup>73</sup> So handelt es sich bei dem hier verfolgten Zweck des Schutzes ihrer Gesundheit auch um ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.<sup>74</sup> Zwar ist es Kapitalgesellschaften durch das Fremdbesitzverbot ausnahmslos verboten, Apotheken zu betreiben. Zu berücksichtigen ist aber, dass Personenmehrheiten unter den Voraussetzungen des § 8 S. 1 ApoG eine Apotheke führen dürfen. Ein vollständiger Ausschluss von Personenvereinigungen vom Apothekenbetrieb ist damit nicht gegeben, wodurch die Intensität des Eingriffs verringert wird. Die Verhinderung etwaiger irreversibler Gesundheitsschäden durch mangelhafte Beratung muss schwerer wiegen als eine grenzenlose Organisationsfreiheit von Personenmehrheiten. Die oben angesprochenen, mit einer Erfüllung der Voraussetzun-

<sup>63</sup> Näher zur Unterscheidung subjektiver und objektiver Berufswahlregeln siehe Jarass, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 12. Aufl. 2012, Art. 12 Rn. 35 f. m.w.N.; kritisch zur Einordnung als subjektive Berufswahlregel, sofern die Betroffenen keinen Einfluss auf das Zulassungskriterium haben Mann, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2011, Art. 12 Rn. 130; Hufen, NJW 1994, 2913 (2921).

<sup>64</sup> Zum Beispiel BVerfGE 128, 1 (58), dazu näher Mann (Fn. 63), Art. 12 Rn. 93 ff.

<sup>65</sup> Kämmerer, in: v. Münch/Kunig (Fn. 60), Art. 12 Rn. 45.

<sup>66</sup> Dazu Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 54), Rn. 285 ff.

<sup>67</sup> Hufen (Fn. 54), § 9 Rn. 14 f.

<sup>68</sup> Vgl. zum Fremdbesitzverbot für Arztpraxen BayVerfGH NJW 2000, 3418 (3419).

<sup>69</sup> Erstmals entwickelt in BVerfGE 7, 377 (397 ff.).

<sup>70</sup> Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 54), Rn. 920 ff. Allerdings tendiert auch die Rspr. des BVerfG immer mehr zu einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung; zur Entwicklung der Rspr. und Kritik an der Drei-Stufen-Lehre vgl. Mann (Fn. 63), Art. 12 Rn. 137 ff., 152 ff.

<sup>71</sup> Zu angestellten Ärzten BayVerfGH NJW 2000, 3418 (3420).

<sup>72</sup> BVerfGE 13, 97 (107); 69, 209 (218); wobei die Einordnung als solches nicht von der Notwendigkeit entbinden soll, zu überprüfen, ob Mittel und Zweck tatsächlich in einem angemessenen Verhältnis stehen, vgl. dazu die Nachweise in Fn. 70.

<sup>73</sup> BVerfGE 53, 30 (57).

<sup>74</sup> BVerfGE 103, 172 (184); 126, 112 (140).

gen des § 8 S. 1 ApoG verbundenen, tiefgreifenden Veränderungen der Gesellschaftsstruktur müssen so zur Verhütung von Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung in Kauf genommen werden. Der Schutz des Gemeinwohlbelanges des Gesundheitsschutzes vermag also, die Einschränkung der Berufsfreiheit von Kapitalgesellschaften im Hinblick auf den Apothekenbetrieb zu rechtfertigen. Damit ist der Eingriff angemessen und das Fremdbesitzverbot vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG auch materiell verfassungsgemäß.

*Hinweis:* Auch hier ist ein anderes Ergebnis mit der entsprechenden Begründung ohne weiteres vertretbar.<sup>75</sup> Allerdings ist darauf zu achten, dass die an dieser Stelle angeführten Argumente nicht im Widerspruch zur Argumentation im Rahmen der Prüfung des Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit stehen.

Somit ist der Eingriff in die Berufsfreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt, so dass er Art. 12 Abs. 1 GG nicht verletzt.

## 2. Verletzung des Gleichbehandlungsgebots des Art. 3 Abs. 1 GG

In Betracht kommt aber auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Danach darf wesentlich Gleiches nicht ohne sachlichen Grund ungleich, wesentlich Ungleiches nicht ohne einen solchen Grund gleich behandelt werden.<sup>76</sup> Wegen § 8 S. 1 ApoG werden hier aber möglicherweise Kapital- und Personengesellschaften im Hinblick auf die Erlaubnis eines Apothekenbetriebes ungerechtfertigter Weise ungleich behandelt.

### a) Ungleichbehandlung

Dazu müssen Kapital- und Personengesellschaften zunächst im Wesentlichen vergleichbar sein. Dies ist der Fall, wenn sie sich unter einen gemeinsamen Oberbegriff fassen lassen.<sup>77</sup> Hier lassen sich die beiden Gesellschaftsformen unter dem übergeordneten Begriff privatrechtlicher Personenvereinigungen einordnen. Eine Ungleichbehandlung ist dadurch gegeben, dass Personengesellschaften nach § 8 S. 1 ApoG der Apothekenbetrieb offen steht, Kapitalgesellschaften dagegen nicht.

### b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Diese Ungleichbehandlung könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Sie erfolgt mit dem ApoG auf der Grundlage eines formell verfassungsgemäßen förmlichen Gesetzes. Wegen des gleichzeitigen Eingriffs in das Freiheitsrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG sind an dieses materiell die Anforderungen der über eine bloße Willkürprüfung hinausgehenden sogenannten „neuen Formel“ zu stellen, wonach die

Ungleichbehandlung verhältnismäßig sein muss.<sup>78</sup> Legitimer Zweck der unterschiedlichen Behandlung ist auch hier der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, wobei Gefahren für diese durch die mit dem Fremdbesitzverbot verbundene unterschiedliche Behandlung verringert werden und dadurch die Geeignetheit der Ungleichbehandlung zu bejahen ist. Eine weniger einschneidende Art der Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich, so dass es auch an der Erforderlichkeit nicht mangelt. Kapitalgesellschaften weisen hinsichtlich ihrer Haftung und Organisationsstruktur ganz erhebliche Unterschiede zu Personengesellschaften auf, die durch die dortige Trennung wirtschaftlicher und standesrechtlicher Folgen einer mangelhaften Beratung die Gesundheit der Bevölkerung gefährden.<sup>79</sup> Aufgrund der überragenden Bedeutung dieses Gemeinschaftsgutes erscheint die Ungleichbehandlung daher auch angemessen, so dass die Ungleichbehandlung durch das Fremdbesitzverbot auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt und daher verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

Damit verstößt das Fremdbesitzverbot auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

## C. Gesamtergebnis

Mangels weiterer Anhaltspunkte für etwaige Verfassungsverstöße sind die §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 7, 8 ApoG auch materiell und mithin insgesamt verfassungsgemäß. Das Bundesverfassungsgericht wird die Vorschriften infolgedessen im Sinne des § 31 Abs. 2 BVerfGG für mit dem Grundgesetz vereinbar erklären.

<sup>75</sup> Für Argumente gegen die Verhältnismäßigkeit siehe zum Beispiel *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 181, 188.

<sup>76</sup> BVerfGE 42, 64 (72).

<sup>77</sup> *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 54), Rn. 465.

<sup>78</sup> Siehe BVerfGE 88, 87 (96 f.) auch zu den weiteren Anwendungsfällen der „neuen Formel“.

<sup>79</sup> Zu den Problemen der hinzukommenden Aufteilung der wirtschaftlichen Haftung zwischen Kapitalgesellschaft und angestelltem Apotheker vgl. BayVerfGH NJW 2000, 3418 (3420).