

Übungsklausur Europarecht: „Ohne Risiken und Nebenwirkungen?“

Von Prof. Dr. Cornelia Manger-Nestler, LL.M., Dipl.-Jur. Gregor Noack, Leipzig*

Die den beiden „Doc Morris“-Urteilen des EuGH¹ nachgebildete Schwerpunktbereichsklausur verknüpft zwei „Klassiker“ der Grundfreiheiten. Prozessual eingekleidet in ein Vertragsverletzungsverfahren liegt der Schwerpunkt in der Behandlung von Grundfragen der Niederlassungs- (Fremdsitzverbot für Apotheken) sowie der Warenverkehrsfreiheit (Internetversandhandelsverbot).

Sachverhalt

Die in den Niederlanden ansässige „Pillbox“ NV (P), eine Aktiengesellschaft niederländischen Rechts, betreibt seit dem Jahre 2000 in den Niederlanden die staatlich genehmigte Apotheken-Kette Pillbox NV mit angeschlossenem Internet-Versandhandel.

Da das Geschäft seit Jahren stetige Zuwachsraten verzeichnet, beabsichtigt die Geschäftsleitung für 2012 die Eröffnung einer Filiale in Deutschland. Dazu will P in Leipzig eine seit mehreren Jahrzehnten bestehende Apotheke übernehmen und beantragt bei der Gewerbeaufsichtsbehörde die Erlaubnis zum Betrieb. Nach eingehender Prüfung lehnt die zuständige Stadt Leipzig die Erteilung der Erlaubnis mit Verweis auf §§ 2, 7, 8 ApoG ab. Danach könne nur eine natürliche Person eine Apotheke eröffnen; juristischen Personen sei dies generell verwehrt. Die Regelungen des ApoG sollen die Verwurzelung des Apothekers in seinem Patientenkreis und die Herstellung einer persönlichen Beziehung zwischen Apotheker und Patienten gewährleisten. Der Apotheker solle unausweichlich mit den Folgen seines Handelns konfrontiert werden. Schließlich sei der Apothekerberuf vorrangig Heilberuf, wirtschaftliches Gewinnstreben stehe dagegen nicht im Vordergrund. Die Beschränkung auf natürliche Personen diene auch der persönlichen Haftung, was ein besonders sorgfältiges Vorgehen durch die Beteiligten gewährleisten soll. Der Schutz der Gesundheit der deutschen Bevölkerung sei oberstes Ziel der restriktiven Regelung des ApoG.

Nach diesem „Rückschlag“ will P den in den Niederlanden sehr erfolgreichen Internethandel mit Medikamenten auf Deutschland ausweiten. Die dazu in deutscher Sprache abgefasste, verbraucherfreundliche Homepage von P offeriert das komplette Sortiment von P: verschreibungsfreie und verschreibungspflichtige Humanarzneimittel, die entweder in Deutschland oder in den Niederlanden zum Verkauf zugelassen sind. Auf Bestellung des Verbrauchers werden ihm die gewünschten Präparate zugesandt. Bei verschreibungspflichtigen Präparaten muss vorher eine Kopie des Rezepts per Fax oder auf dem Postwege geschickt werden. Wünscht der Verbraucher

Hinweise und Beratung, wird ein solcher Service via Email angeboten. Die Arzneimittel sind teilweise bedeutend billiger als beim Kauf in einer deutschen Apotheke.

Bereits kurz nach Freischaltung des Internet-Angebots in Deutschland erreicht P erneut ein Bescheid der zuständigen Gewerbeaufsicht. Darin wird P untersagt, Arzneimittel jedweder Art über das Internet in Deutschland zu vertreiben. Die zuständige Behörde begründet ihre Entscheidung mit einem Verstoß gegen §§ 73 Abs. 1, 43 Abs. 1 AMG, wonach der Versandhandel mit Arzneimitteln verboten sei. Nach Auffassung der Behörde verwehre das Versandhandelsverbot nicht den Vertrieb von Arzneimitteln in Deutschland; das Unternehmen müsse dafür lediglich ein Ladenlokal in Form einer Apotheke eröffnen, um Arzneimittel anzubieten. Das Versandhandelsverbot solle den persönlichen Kontakt mit den Kunden gewährleisten und so die Gesundheit der Verbraucher schützen. Der „unpersönliche“ Handel über das Internet könne einen Verbraucher dazu verleiten, ohne entsprechende ärztliche Untersuchungen für ihn unpassende Arzneimittel zu erwerben und damit seine Gesundheit schwer zu schädigen. Für in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel existiere zudem mit Art. 6 Abs. 1 RL 2001/83/EG eine unionsrechtliche Regelung, die insoweit innerstaatliche Schutzvorschriften erlaube.

P ist mit dem harten Vorgehen der deutschen Behörden in beiden Fällen nicht einverstanden: einerseits sei die im deutschen ApoG vorgesehene Beschränkung auf natürliche Personen für eine niederländische Gesellschaft wie P unbeachtlich. Zum anderen liege der Hinweis, wonach die P eine Filiale in Deutschland eröffnen könne, neben der Sache. Da P über eine entsprechende Infrastruktur in Form einer Apotheke gerade nicht verfügen dürfe, werde ihm durch das Verbot der Zugang zum deutschen Markt komplett verwehrt. Jedenfalls das deutsche Verbot für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel sei nicht zu rechtfertigen.

In seiner Not wendet sich die P an die Europäische Kommission, schildert den Sachverhalt und bittet darum, mit „Druck aus Brüssel“ die deutschen Behörden zum Einlenken zu bewegen.

Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten des bei der Kommission angeregten Verfahrens!²

² In der Originalklausur wurde zudem die Zusatzfrage gestellt, ob und wenn ja in welcher Form, die P gegen die Untersagungsbescheide der deutschen Gewerbeaufsicht vorgehen könne. Erwartet wurde, dass die Bearbeiter die Möglichkeit des Verpflichtungswiderspruchs (§ 42 Abs. 1 2. Fall VwGO) gegen die Untersagung der Apothekeneröffnung bzw. des Anfechtungswiderspruchs (§ 42 Abs. 1 1. Fall VwGO) gegen das Versandhandelsverbot erkennen. Auf die weiteren Probleme im Rahmen der Beteiligten-/Prozessfähigkeit ausländischer juristischer Personen (§§ 61 Nr. 1 2. Alt., 62 Abs. 3 VwGO) sowie eine mögliche Berufung derselben auf deutsche Grundrechte (dazu jüngst BVerfG, Beschl. v. 19.7.2011 – 1 BvR 1916/09, Rn. 57 f. = JZ 2011, 1112 m. Anm. Hillgruber) im Rahmen der Widerspruchsbefugnis

* Die Erstautorin ist Inhaberin einer Professur für Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Hochschule für Technik, Wirtschaft und Kultur (HTWK) Leipzig. Der Zweitautor ist Lehrkraft für Wirtschaftsrecht und Doktorand ebenda.

¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 = Slg. 2003, I-14887 – Doc Morris I; EuGH, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171 – Doc Morris II.

Gesetz über das Apothekenwesen (ApoG) – Auszug

§ 1 (1) Den Apotheken obliegt die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung.

(2) Wer eine Apotheke und bis zu drei Filialapotheken betreiben will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde.

§ 2 (1) Die Erlaubnis ist auf Antrag zu erteilen, wenn der Antragsteller

1. Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes, Angehöriger eines der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum [...] ist;

3. die deutsche Approbation als Apotheker besitzt;

4. die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besitzt; [...]

§ 7 Die Erlaubnis verpflichtet zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung.

§ 8 Mehrere Personen zusammen können eine Apotheke nur in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft betreiben; in diesen Fällen bedürfen alle Gesellschafter der Erlaubnis.

Arzneimittelgesetz (AMG) – Auszug

§ 43 (1) Arzneimittel [...] dürfen berufs- oder gewerbsmäßig für den Endverbrauch nur in Apotheken und ohne behördliche Erlaubnis nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden; das Nähere regelt das Apothekengesetz. Außerhalb der Apotheken darf mit den nach Satz 1 den Apotheken vorbehaltenen Arzneimitteln kein Handel getrieben werden.

(2) Die nach Absatz 1 Satz 1 den Apotheken vorbehaltenen Arzneimittel dürfen von juristischen Personen, nicht rechtsfähigen Vereinen und Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts an ihre Mitglieder nicht abgegeben werden.

(3) Auf Verschreibung dürfen Arzneimittel nur von Apotheken abgegeben werden.

§ 73 (1) Arzneimittel, die der Pflicht zur Zulassung oder zur Registrierung unterliegen, dürfen in den Geltungsbereich dieses Gesetzes [...] nur verbracht werden, wenn sie zum Verkehr im Geltungsbereich dieses Gesetzes zugelassen oder registriert sind [...].

Art. 6 Abs. 1 RL 2001/83/EG – Auszug

Ein Arzneimittel darf in einem Mitgliedstaat erst dann in den Verkehr gebracht werden, wenn die zuständige Behörde dieses Mitgliedstaats nach dieser Richtlinie eine Genehmigung für das Inverkehrbringen erteilt hat [...].

(§ 42 Abs. 2 VwGO analog) kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden.

Lösungshinweise

Die von P gerügte Vertragsverletzung durch die Bundesrepublik Deutschland könnte von der Europäischen Kommission (KOM) im Wege einer Aufsichtsklage (Vertragsverletzungsverfahren, Art. 258 AEUV) verfolgt werden. Um Aussicht auf Erfolg zu haben, müsste eine solche zulässig und begründet sein.

I. Zulässigkeit

1. Zuständiges Gericht

Zuständig für die Vertragsverletzungsklage ist der Gerichtshof (Art. 258 Abs. 2, 256 Abs. 1 S. 1 AEUV).

2. Klageberechtigung

Die KOM ist – neben den Mitgliedstaaten (Art. 259 AEUV) – berechtigt, eine Aufsichtsklage vor dem Gerichtshof (EuGH) einzuleiten (Art. 258 Abs. 2 AEUV). Die Bundesrepublik ist als betroffener Mitgliedstaat (MS) im Verfahren passivlegitimiert (Art. 258 Abs. 1 AEUV).

3. Klagegegenstand

Die Klage ist statthaft, wenn der beklagte MS „gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen“ hat (Art. 258 Abs. 1 AEUV). In Betracht kommen dabei sämtliche Verstöße gegen unionale Verpflichtungen aus dem Primär- und Sekundärrecht.³ Die Verletzung kann durch Tun oder Unterlassen begangen werden, wobei dem MS Verstöße sämtlicher nationaler Staatsgewalten als eine Folge der Pflicht zum unionstreuen Verhalten (Art. 4 Abs. 3 EUV) zuzurechnen sind. Die deutsche Gewerbeaufsicht könnte durch ihre beiden Bescheide Grundfreiheiten missachtet haben: die Untersagung der Apothekeneröffnung könnte gegen die Niederlassungs- (Art. 49 ff. AEUV), das Versandhandelsverbot gegen die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV) verstoßen. Die Gewerbeaufsicht ist Teil der Exekutive. Ihre möglichen primärrechtswidrigen Handlungen sind der deutschen Staatsgewalt zurechenbar und mithin zulässige Klagegegenstände.

4. Vorverfahren

a) Ordnungsgemäße Durchführung

Vor Klageerhebung verlangt Art. 258 Abs. 1 AEUV die Durchführung eines Vorverfahrens in Gestalt eines Mahnschreibens der KOM an den betroffenen MS. In dem Mahnschreiben muss die KOM den Sachstand und den Vorwurf des Vertragsverstößes erläutern⁴ und dem MS Gelegenheit zur schriftlichen und mündlichen Äußerung innerhalb einer von ihr gesetzten Frist einräumen (Art. 259 Abs. 3 AEUV). Ein solches Vorverfahren wäre zunächst zwingend durchzuführen. Beharrt die Bundesrepublik auf ihrer Rechtsauffassung oder äußert sich nicht fristgemäß, gibt die KOM eine

³ Hobe, Europarecht, 6. Aufl. 2011, § 11 Rn. 136.

⁴ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 13 Rn. 35.

begründete Stellungnahme ab (Art. 259 Abs. 3 AEUV, sog. *avis motivé*⁵).

b) Pflicht zum Einschreiten

Bezüglich des Zeitpunktes der Verfahrenseinleitung steht der KOM unstreitig ein Beurteilungsspielraum zu.⁶ Fraglich ist jedoch, ob die KOM bei jedem ihr bekannt gewordenen, potentiellen Vertragsverstoß eine Rechtspflicht zum Einschreiten im Sinne von Art. 258 Abs. 2 AEUV trifft. Für eine generelle Pflicht⁷ zur Einleitung einer Aufsichtsklage könnte der Sinn und Zweck des Verfahrens angeführt werden, der darin besteht, vertragswidriges Verhalten der Mitgliedstaaten prinzipiell zu verhindern. Gegen eine solche Pflicht spricht jedoch der Wortlaut von Art. 258 Abs. 2 AEUV („kann“), wonach der KOM lediglich ein Entschließungsermessen⁸ eingeräumt ist, welches sie als „Hüterin der Verträge“ pflichtgemäß ausüben hat (Art. 17 Abs. 1 S. 2, 3 EUV). Die Rechtsprechung hat sich gegen eine generelle Pflicht zum Einschreiten entschieden.⁹ Allerdings wird sich der Ermessensspielraum regelmäßig zu einer Rechtspflicht verdichten und damit auf Null reduzieren, sofern die KOM von einem Vertragsverstoß durch einen Mitgliedstaat überzeugt ist.¹⁰

5. Klagefrist und Rechtsschutzbedürfnis

Prinzipiell sehen Art. 258, 259 AEUV keine Klagefrist vor. Um dem Mitgliedstaat Gelegenheit zur Behebung des Vertragsverstoßes zu geben, dürfte eine Klage jedoch nicht vor Ablauf der von der KOM gesetzten Frist (Art. 258 Abs. 2 AEUV) erhoben werden.

Das Rechtsschutzbedürfnis entfielen, wenn der beklagte MS den Vertragsverstoß innerhalb der gesetzten Frist unstreitig behoben hat.¹¹ Dies ist nicht der Fall.

6. Zwischenergebnis

Sofern die beiden Vertragsverstöße nach vorheriger Anhörung der Bundesrepublik nicht behoben werden und eine begründete Stellungnahme der KOM vorliegt, ist das Vertragsverletzungsverfahren zulässig.

II. Begründetheit

Die Aufsichtsklage ist begründet, wenn das deutsche Fremdbesitzverbot gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff.

AEUV) sowie das Versandhandelsverbot gegen die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV) verstoßen.

1. Fremdbesitzverbot als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

a) Anwendungsbereich von Art. 49 ff. AEUV

Zunächst müssten der sachliche und der persönliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet sein (Art. 49, 54 AEUV). Der EuGH sieht eine Niederlassung an als die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit.¹² Art. 49 AEUV gewährt dieses Recht allen Staatsangehörigen eines MS. Beabsichtigt der Unionsbürger die Gründung einer Zweigniederlassung, ist zudem seine Ansässigkeit im MS unabdingbar (Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV). Art. 54 Abs. 1 erstreckt den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit auch auf Gesellschaften (Art. 54 Abs. 2 AEUV), die ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der Union haben.

Indem die P mit Sitz in den Niederlanden in Deutschland eine Apotheke als Filiale betreiben will, beabsichtigt sie die nicht nur vorübergehende Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Wege einer Zweigniederlassung. Die P ist eine in den Niederlanden rechtmäßig gegründete und dort ansässige Gesellschaft (Art. 54 Abs. 2 AEUV), weshalb der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist.

b) Verbotene mitgliedstaatliche Maßnahme

Das deutsche Fremdbesitzverbot (§§ 2, 7, 8 ApoG) könnte eine verbotene Maßnahme darstellen, die einer Grundfreiheit entgegensteht oder ihre Ausübung erschwert. Erfasst werden dabei sowohl diskriminierende als auch beschränkende nationale Maßnahmen.¹³

aa) Qualität der mitgliedstaatlichen Maßnahme

(1) Diskriminierung

Die Vorschriften des ApoG könnten eine Ungleichbehandlung in- und ausländischer Staatsangehöriger beinhalten und mithin gegen das Diskriminierungsverbot¹⁴ der Art. 49, 54 AEUV verstoßen. Die §§ 2, 7, 8 ApoG erlauben den Betrieb einer Apotheke nur natürlichen Personen und Personengesellschaften, wobei jeder Gesellschafter einer Erlaubnis bedarf. Das ApoG unterscheidet nicht zwischen deutschen und (EU-)ausländischen juristischen Personen, sondern verbietet in beiden Fällen die Erlaubniserteilung. Somit werden In- und Ausländer nicht ungleich, sondern gleichermaßen „schlecht“ behandelt.

⁵ Vgl. Borchardt, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 258 AEUV Rn. 18.

⁶ Vgl. Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 258 AEUV Rn. 40.

⁷ Däubler, NJW 1968, 325 (329).

⁸ So Haratsch/König/Pechstein, Europarecht, 7. Aufl. 2010, 2. Kap. VI. Rn. 497; Borchardt (Fn. 5), Art. 258 AEUV Rn. 19.

⁹ EuGH, Beschl. v. 23.5.1990 – C-72/90 = Slg. 1990, I-2181 – Asia Motor France/Kommission.

¹⁰ Cremer (Fn. 6), Art. 258 AEUV Rn. 42.

¹¹ Ehrlicke, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2011, Art. 258 AEUV Rn. 29.

¹² EuGH, Rs. C-221/89 = Slg. 1991, I-3905 – Factortame, Rn. 20; EuGH, Rs. C-196/04 = Slg. 2006, I-7995 – Cadbury Schweppes, Rn. 54.

¹³ Streinz, Europarecht, 8. Aufl. 2010, § 12 Rn. 793, 795; Herdegen, Europarecht, 12. Aufl. 2010, § 14 Rn. 3 ff.; Hobe (Fn. 3), § 13 Rn. 9 ff., 30 ff.

¹⁴ Zur Definition EuGH, Rs. C-383/05 = Slg. 2007, I-2555 – Talotta, Rn. 18.

(2) Beschränkung

Das Fremdbesitzverbot könnte sich als Beschränkung darstellen. Als solche ist jede mitgliedstaatliche Maßnahme anzusehen, die zwar für In- und Ausländer rechtlich und faktisch unterschiedslos gilt, aber dennoch geeignet ist, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit wesentlich zu erschweren oder weniger attraktiv zu machen.¹⁵

Das deutsche Fremdbesitzverbot benachteiligt in- und ausländische juristische Personen gleichermaßen, da es die Ausübung der Niederlassungsfreiheit ohne Bezug zur Staatsangehörigkeit und somit unterschiedslos erschwert. Es handelt sich daher um eine Beschränkung.

bb) Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung

Obwohl vom EuGH bislang nicht entschieden,¹⁶ ist strittig, ob die Grundsätze der Keck-Rechtsprechung¹⁷ auf die Niederlassungsfreiheit übertragbar sind. Würde man die Keck-Formel, die einen Eingriff bei bloßen Absatz-/Verkaufsmodalitäten verneint, auf die Niederlassung übertragen, wären äquivalent zu produktbezogenen Regelungen nur sog. Marktzutrittschranken erfasst. Das Fremdbesitzverbot stellt sich aus Sicht von (EU-ausländischen) Gesellschaften als komplette Versagung des deutschen Marktzutritts dar, denn der Markteintritt wird infolge der Gesellschaftsform verwehrt. Eine Streitentscheidung ist daher entbehrlich, da selbst bei Anwendung der Keck-Formel eine Beschränkung vorläge.

cc) Rechtfertigung

Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit können unter den Voraussetzungen der vom EuGH entwickelten Gebhard-Formel¹⁸ gerechtfertigt werden. Demnach ist eine Beschränkung zulässig, wenn vier Voraussetzungen vorliegen: Die nationalen Regelungen müssten (1) in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, (2) sie dienen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, (3) sind geeignet, die Verwirklichung des Allgemeinwohlziels zu gewährleisten und gehen nicht über das Maß hinaus, das zur Zielerreichung erforderlich ist und (4) sie sind schließlich angemessen

(1) Nichtdiskriminierung

Das deutsche Fremdbesitzverbot stellt nicht auf die Staatsangehörigkeit der Marktteilnehmer ab und wird folglich in nicht diskriminierender Weise angewandt.

¹⁵ EuGH, Rs. C-55/94 = Slg. 1995, I-4165 – Gebhard; EuGH, Rs. C-140/03 = Slg. 2005, I-3177 – KOM/Griechenland (Optiker); *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 6), Art. 34 AEUV Rn. 57.

¹⁶ Offen lassend für die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) EuGH, Rs. C-384/93 = Slg. 1995, I-1141 – Alpine Investment.

¹⁷ EuGH, Rs. C-267/91 u. C-268/91 = Slg. 1993, I-6097 – Keck und Mithouard.

¹⁸ EuGH, Rs. C-55/94 = Slg. 1995, I-4165 Rn. 37 – Gebhard; *Pache/Knauff*, Fallhandbuch Europäisches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, § 5 Rn. 56.

(2) Allgemeinwohlgründe

Die nationale Regelung müsste zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen.¹⁹ Die Cassis-Rechtsprechung übertragend hat der EuGH für die Niederlassungsfreiheit u.a. den Schutz der öffentlichen Gesundheit als Allgemeinwohlgrund anerkannt.²⁰ §§ 2, 7, 8 ApoG stellen sicher, dass ein approbierter Apotheker die Ausgabe der Medikamente überwacht, wodurch Medikamentenmissbrauch verhindert und die sichere und qualitative hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gewährleistet werden sollen. Insofern kann sich die Bundesrepublik beim Fremdbesitzverbot auf zwingende Allgemeinwohlgründe berufen.²¹

(3) Verhältnismäßigkeit

Die zwingenden Allgemeininteressen müssten ihrerseits verhältnismäßig angewendet werden.

(a) An der Geeignetheit eines vollständigen Verbots für bestimmte Marktteilnehmer zum Schutze der Gesundheit der Bevölkerung bestehen keine Zweifel. Der EuGH betont den mitgliedstaatlichen Wertungsspielraum, wonach nicht zuletzt wegen der Gefahren für das „finanzielle Gleichgewicht der Sozialversicherungssysteme“ der Verkauf von Arzneimitteln im Einzelhandel grundsätzlich Apothekern vorbehalten bleiben könne.²²

(b) Das Fremdbesitzverbot müsste erforderlich sein. Fraglich ist, ob der Gesundheitsschutz der Bevölkerung nicht durch ebenso wirkungsvolle, aber mildere Mittel erzielt werden könnte (Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs), wodurch gleichzeitig die Ausübung der Grundfreiheit gewährleistet wäre. Der EuGH verneint dies, da nur Berufsapotheker „über tatsächliche berufliche Unabhängigkeit verfügen“ und „die Apotheke nicht nur aus rein wirtschaftlichen Zwecken [betreiben], sondern auch unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel“. „Ein medizinisch nicht gerechtfertigter Verkauf von Arzneimitteln“ könne sich als gesundheitsschädlich erweisen. Auch eine „Pflicht zum Abschluss einer [...] zivilen Haftpflichtversicherung [sei] weniger wirksam“.²³ Insofern setzt sich der EuGH – ohne nähere Begründung – über

¹⁹ Da es sich um eine Beschränkung handelt, die in nicht diskriminierender Weise angewandt wird, kommen ungeschriebene Rechtfertigungsgründe, die ihrerseits verhältnismäßig sein müssen, als Schranken-Schranken in Betracht. Die Prüfung von Art. 52 AEUV wäre mangels einer Diskriminierung verfehlt.

²⁰ EuGH, Rs. 120/78 = Slg. 1979, 649 – Cassis de Dijon; EuGH, Rs. C-55/94 = Slg. 1995, I-4165 – Gebhard; EuGH, Rs. C-167/01 = Slg. 2003, I-1015 – Inspire Art; EuGH, Rs. C-140/03 = Slg. 2005, I-3177 – KOM/Griechenland (Optiker).

²¹ So auch EuGH, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171 – Doc Morris II, Rn. 34.

²² EuGH, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171 – Doc Morris II, Rn. 34 ff.

²³ EuGH, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171 – Doc Morris II, Rn. 35 ff.

seine bisherige Rechtsprechung²⁴, insbesondere im „Optiker“-Urteil²⁵, hinweg, wonach Kapitalgesellschaften nicht systematisch wegen ihrer Rechtsform von einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Binnenmarkt ausgeschlossen werden dürften. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden.²⁶

Zuzustimmen ist dem EuGH darin, dass „in Anbetracht des besonderen Charakters der Arzneimittel und ihres Marktes [...] ein medizinisch nicht gerechtfertigter Verkauf von Arzneimitteln“²⁷ erhebliche Gesundheits- und Lebensgefahren bergen kann. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum nur der selbständige Berufsapotheker als Garant für die Qualität einer hochwertigen Arzneimittelversorgung stehen soll. Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Vertragsgestaltungen könnten die Unabhängigkeit des Apothekers sichern und zugleich übermächtige Fremdinteressen zurückdrängen. Zudem wäre eine Haftpflichtversicherung geeignet, potentielle Gesundheitsschäden abzudecken, die durch Falschberatung des – angestellten wie selbständigen – Apothekers entstehen können. Der Gefahr des Medikamentenmissbrauchs könnte dadurch begegnet werden, dass die Medikamentenausgabe durch einen angestellten approbierten Apotheker erfolgt sowie dessen obligatorische Anwesenheit in jeder Filialapotheke zwingend vorgeschrieben wäre. Die Einhaltung solcher Vorgaben kann durch regelmäßige, auch unangekündigte Kontrollen sichergestellt werden. Schließlich wird die Kohärenz des Fremdbesitzverbots bereits durch die im ApoG vorgesehenen Ausnahmen beeinträchtigt,²⁸ wonach im Falle der Erbschaft einer Apotheke (§ 13 Abs. 1 ApoG), bei Krankenhausapotheken (§ 14 ApoG) sowie beim Betrieb von Filialapotheken durch natürliche Personen (§ 2 Abs. 4 ApoG)²⁹ das Bild vom „Apotheker in seiner Apotheke“³⁰ durchbrochen wird.

c) Ergebnis

Somit ist das deutsche Fremdbesitzverbot (§§ 2, 7, 8 ApoG) nicht erforderlich und verstößt als unverhältnismäßige Beschränkung gegen die Niederlassungsfreiheit, Art. 49 ff. AEUV.

2. Versandhandelsverbot als Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit

a) Anwendungsbereich von Art. 28 ff. AEUV

aa) Kein vorrangiges Sekundärrecht

Zunächst dürfte kein vorrangiges Sekundärrecht existieren, das den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ausschließt. In Betracht kommt Art. 6 Abs. 1 RL 2001/83/EG, der durch § 73 AMG umgesetzt wurde. Demnach dürfen in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel, unabhängig vom Verkaufsmodus, nicht eingeführt werden. Das Versandhandelsverbot für in Deutschland *nicht* zugelassene Arzneimittel ist daher rechtmäßig.

bb) In Deutschland zugelassene Medikamente

Bei den vom behördlichen Versandhandelsverbot erfassten, in Deutschland zugelassenen Medikamenten müsste es sich um Waren handeln (Art. 28 Abs. 2, 29 AEUV). Waren sind körperliche Gegenstände, die einen Geldwert besitzen und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.³¹ Arzneimittel sind Waren und sollen im Wege des Versandes von den Niederlanden nach Deutschland, also grenzüberschreitend gehandelt werden.

b) Verbotene mitgliedstaatliche Maßnahme

Das Versandhandelsverbot könnte als verbotene mitgliedstaatliche Maßnahme gleicher Wirkung (wie eine Einfuhrbeschränkung) unter Art. 34, 2. Fall AEUV fallen. Als Maßnahme gleicher Wirkung qualifiziert der EuGH jede Handelsregelung, die „geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“³² (Dassonville-Formel). Infolge des Verbots ist es P untersagt, Waren nach Deutschland über das Internet zu vertreiben, wodurch der innerunionale Handel unmittelbar beeinträchtigt wird.

Mit Blick auf die Qualität der mitgliedstaatlichen Maßnahme ist fraglich, ob es sich bei dem auf § 43 AMG gestützten behördlichen Verbot um eine Diskriminierung oder eine Beschränkung handelt. Das Verbot richtet sich nicht ausdrücklich gegen ausländische Waren, sondern schließt auf den ersten Blick deutsche wie ausländische Arzneimittel von einem bestimmten Vertriebskanal aus, dem Internethandel. Darin könnte eine Beschränkung liegen. Im Falle von Beschränkungen unterscheidet der EuGH nach der sog. Keck-Formel³³ zwischen Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Regelungen. Während die letztgenannten Regelungen Zusammensetzung, Inhaltsstoffe, Maße, etc. des konkreten Produkts betreffen, beziehen sich Verkaufsmodalitäten lediglich auf die Art und Weise des Vertriebs der Waren.

²⁴ EuGH, Rs. C-243/01 = Slg. 2003, I-13031 – Gambelli; EuGH, Rs. C-338/04 = Slg. 2007, I-1891 – Placanica.

²⁵ S.o. Fn. 15.

²⁶ Vgl. ausf. *Manger-Nestler*, NJ 2009, 422 (423); *Martini*, DVBl. 2007, 10; *Streinz*, JuS 2009, 1034 f.

²⁷ *EuGH*, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171, Rn. 60.

²⁸ Dagegen *EuGH*, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171 – Doc Morris II, Rn. 43 ff.

²⁹ Soweit die Vorschriften des ApoG nicht abgedruckt waren, konnte von den Bearbeitern die Kenntnis der Ausnahmen nicht erwartet werden.

³⁰ In Anlehnung an das Leitbild des BVerfG im „Apotheken-Urteil“, BVerfGE 17, 232 (238 ff.).

³¹ *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 28 AEUV Rn. 16.

³² *EuGH*, Rs. 8/74 = Slg. 1974, 837 – Dassonville.

³³ S.o. Fn. 17.

aa) Reine Verkaufsmodalität

Absatz-/Verkaufsmodalitäten sollen nur dann in den Anwendungsbereich von Art. 34, 2. Fall AEUV fallen, wenn sie für alle Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen gelten und sich auf in- wie ausländische Produkte in rechtlich wie tatsächlich gleicher Weise auswirken.³⁴ Fraglich ist, ob es sich beim Versandhandelsverbot der deutschen Behörden um eine reine Verkaufsmodalität handelt. Inländische Apotheker dürfen verschreibungspflichtige Arzneimittel ebenso wenig über den Versandweg vertreiben wie ausländische Anbieter. Formal sind In- wie Ausländer damit gleichermaßen vom Verbot betroffen. De facto wirkt sich das Verbot jedoch nachteilig auf den grenzüberschreitenden Handel mit Arzneimitteln aus. Außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets ansässige Apotheken werden durch die Einschränkung des Vertriebsweges indes stärker beeinträchtigt als inländische. Der EuGH betont, „auch wenn das Verbot den inländischen Apotheken unstreitig ein zusätzliches oder alternatives Mittel des Zugangs zum deutschen Markt der Endverbraucher von Arzneimitteln nimmt, bleibt ihnen doch die Möglichkeit, Arzneimittel in ihren Apotheken zu verkaufen“.³⁵ Für ausländische Apotheken ist der Versandhandel jedoch primäres Mittel für den unmittelbaren Marktzugang. Dies gilt umso mehr, als ihnen der deutsche Marktzugang durch die Alternative einer Apothekeneröffnung verwehrt ist.

bb) Zwischenergebnis

Das Versandhandelsverbot beinhaltet daher eine faktische Diskriminierung.³⁶

*c) Rechtfertigung, Art. 36 AEUV**aa) Rechtfertigungsgrund*

Die Bundesrepublik könnte sich jedoch auf den Gesundheits- und Lebensschutz (Art. 36 S. 1 3. Fall AEUV) berufen, um die unionsrechtswidrige Diskriminierung zu rechtfertigen. Der EuGH anerkennt die „erstrangigen“ Schutzgüter Gesundheit und Leben und die Festlegung des Kontrollniveaus durch die Mitgliedstaaten in Gestalt des deutschen AMG.³⁷ Indes muss eine nationale Regelung wie § 43 Abs. 1 AMG das Gebot der Verhältnismäßigkeit wahren.

*bb) Verhältnismäßigkeit**(1) Legitimer Zweck*

Ziel des Versandhandelsverbots ist es, potentielle Gefahren, die von Arzneimitteln ausgehen können, abzuwehren und insbesondere Medikamentenmissbrauch durch Kontrolle der

Echtheit von ärztlichen Verordnungen sicherzustellen. Zudem sollen eine bedarfsgerechte Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sowie die individuelle Beratung gewährleistet werden.

(2) Geeignetheit

Die vom AMG verfolgten Sorgfaltsanforderungen sind für Internet-Apotheken ebenso gut zu erfüllen wie für Präsenzapotheeken. Das Versandhandelsverbot dient daher den vorgegebenen Zielen und ist geeignet.

(3) Erforderlichkeit

Fraglich ist jedoch, ob das ausnahmslose Verbot für verschreibungspflichtige und verschreibungsfreie Medikamente gleichermaßen erforderlich ist. Bei verschreibungspflichtigen Medikamenten ist aufgrund größerer Missbrauchs- und Gesundheitsgefahren ein höherer Sorgfaltsmaßstab anzulegen. Insofern sind die verantwortungsvolle Überprüfung der Echtheit der Rezepte und die persönliche Aushändigung des Medikaments an den Kunden notwendig. Die anonyme Konsultation via Email sowie die Echtheitskontrolle durch Faxen des Rezepts sind missbrauchs- und fälschungsanfällig. Zwar ließe sich die Kontrolle der Echtheit der Rezepte durch softwaretechnische Vorkehrungen lösen, jedoch wäre der technische Aufwand ungleich größer. Somit ist das Versandhandelsverbot für verschreibungspflichtige Medikamente erforderlich.

Beim Versand rezeptfreier Medikamente sind Gesundheits- und Missbrauchsrisiken weitaus geringer, da das Gefährdungspotential dieser Waren niedriger ist. Zudem ist der missbräuchliche Erwerb verschreibungsfreier Medikamente auch in Präsenzapotheeken ohne weiteres möglich. Das Versandhandelsverbot für verschreibungsfreie Medikamente ist nicht erforderlich und somit unverhältnismäßig.

3. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Versandhandelsverbot rechtmäßig ist für in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel sowie für zugelassene, verschreibungspflichtige Medikamente.

III. Rechtsfolge

Eine Aufsichtsklage der KOM gegen die Bundesrepublik hätte mithin teilweise Aussicht auf Erfolg. Entsprechend des Feststellungsurteils, in dem der EuGH die Nichtvereinbarkeit des nationalen Rechts mit Unionsrecht konstatiert (Art. 260 Abs. 1 AEUV), wird Deutschland verpflichtet, Maßnahmen zur Beseitigung des Vertragsverstoßes zu ergreifen. Bei Nichtbefolgung des grundsätzlich nicht vollstreckbaren Feststellungsurteils drohen finanzielle Sanktionen, etwa in Form eines Pauschalbetrags oder Zwangsgeldes (Art. 260 Abs. 2 AEUV).

³⁴ EuGH, C-412/93 = Slg. 1995, 179 – Leclerc; EuGH, C-20/03 = Slg. 2005, I-4133 – Burmanjer.

³⁵ EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 = Slg. 2003, I-14887 – Doc Morris I, Rn. 70 ff.

³⁶ Hier lag einer der „Fallstricke“ der Klausur: Diejenigen Bearbeiter, die eine Verkaufsmodalität bejahten, kamen zum fehlerhaften Ergebnis, dass der Anwendungsbereich von Art. 34 nicht eröffnet ist und das Verbot damit zulässig war.

³⁷ Pache/Knauff (Fn. 18), § 4 Rn. 32.