

Vorträge Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 203

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS

Professor Dr. Dr. Georg Ress

Direktor des Europa-Instituts,
Saarbrücken

Niederlassungsfreiheit und
nationale Konzessionssysteme —
dargestellt am Beispiel der
grenzüberschreitenden Apothekerzulassung

Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 19. April 1990

1989 © Europa-Institut
Universität des Saarlandes
Nicht im Buchhandel erhältlich
Abgabe gegen eine Schutzgebühr
von 10,— DM

**Niederlassungsfreiheit und nationale Konzessionssysteme
dargestellt am Beispiel der grenzüberschreitenden Apothekerzulassung**

I.

Die Freizügigkeit der Personen (Arbeitnehmerfreizügigkeit/Niederlassungsfreiheit) gehört zu den Grundfreiheiten des EWG-Vertrages. Wenn man sich als Idealbild die vier Grundfreiheiten des EWG-Vertrages, die Freiheit des Warenverkehrs, die Freizügigkeit, den freien Dienstleistungsverkehr und die Kapitalverkehrsfreiheit vor Augen hält, dann könnte man der Ansicht sein, es müsse sich nach dem EWG-Recht alles so bewegen, daß jeder Produktionsfaktor dorthin gelangt oder gelangen kann, wo er am einträglichsten, am wirtschaftlich kräftigsten sich bewähren kann. Das Idealbild ist das einer Freiheit des Personenverkehrs, bei der diejenigen, die über entsprechende (akademische) Abschlüsse verfügen, sich im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in allen Mitgliedstaaten bewegen, dort arbeiten und niederlassen können.

Der EWG-Vertrag selbst zeigt, daß dieses Idealbild in vieler Hinsicht nicht zutrifft. Sicher geht die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft auch vor der Schaffung des Europäischen Binnenmarktes über eine reine Zollunion hinaus. Andererseits haben der Artikel 36, aber auch andere Vorschriften, den Mitgliedstaaten nach wie vor erhebliche Regelungsmöglichkeiten, insbesondere Beschränkungsmöglichkeiten im Interesse national für wichtig erachteter Schutzgüter, belassen¹. Darüber hinaus ist eine der Grundfragen des Europäischen Gemeinschaftsrechts bei diesen Grundfreiheiten noch völlig ungeklärt, nämlich, ob es sich dabei wie etwa bei der Niederlassungsfreiheit nur um

¹ Vgl. neben dem Art. 36 EWG-V für den Bereich des Warenverkehrs z.B. den Art. 48 Abs. 3 und 4 EWG-V für den Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Art. 55 und 56 EWG-V für die Niederlassungsfreiheit, den Verweis auf letztgenannte Vorschriften in Art. 66 EWG-V für die Dienstleistungsfreiheit, den Art. 73 EWG-V für die Kapitalverkehrsfreiheit und die Art. 108 und 109 EWG-V für die Zahlungsverkehrsfreiheit.

eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Inländergleichbehandlung handelt oder ob damit darüber hinausgehend eine Art Mindeststandard, also auch materielle Anforderungen an *jeden* Mitgliedstaat, verknüpft ist. Das wäre dann der Fall, wenn die Freiheiten des EWG-Vertrages den Charakter von *Grundrechten* hätten². Auf derartige Grundrechte könnte sich nicht nur der EG-Ausländer, also der Fremde, der in einen Staat hineinkommen und sich dort niederlassen will, berufen, sondern auch der eigene Staatsangehörige. Dies ist die dogmatisch zentrale Frage.

II.

Zunächst wird immer wieder behauptet, die Niederlassungsfreiheit - wie auch die anderen Freiheiten - begründe zwar eine Pflicht der Mitgliedstaaten, die Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten wie ihre eigenen Staatsangehörigen, sie also gleich zu behandeln³. Diese Pflicht zur Gleichbehandlung im Rahmen der Regelung des Vertrages würde sich streng genommen schon aus Artikel 7 EWGV ergeben. "Im Rahmen dieses Vertrages", also der wirtschaftlichen Kompetenzen, sind die Angehörigen der Mitgliedstaaten gleich zu behandeln. Hier liegt die Frage nahe, wozu dienen die Spezialregelungen? Sind es besondere Ausprägungen des Gleichheitssatzes? Bedurfte es der Bekräftigung? Oder

² Vgl. vor allem *Bleckmann, Albert*: Zur Dogmatik des Niederlassungsrechts im EWG-Vertrag, *Wirtschaft und Verwaltung* 1987, S. 119; *ders.*: Europarecht, 4. Aufl. Köln u.a. 1985, S. 432; ferner *Blumenwitz, Dieter*: Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Angleichung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts der freien Berufe, *NJW* 1989, S. 621; *Gornig, Gilbert*: Probleme der Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit für Rechtsanwälte in den Europäischen Gemeinschaften, *NJW* 1989, S. 1120.

³ Vgl. aus dem älteren Schrifttum z.B. *Everling, Ulrich*: Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, 1963, S. 16; *Jerrentrup, Hans-Heinrich*: Die Niederlassungsfreiheit im Gemeinsamen Markt unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1976, S. 89.

ist damit nicht doch ein anderer Sinn verbunden⁴? Wenn von "Aufhebung der Beschränkungen" (wie in Art. 52 Abs. 1, 54 und 57 Abs. 3 EWGV) gesprochen wird, ist dabei stets nur die Herstellung der Inländergleichbehandlung gemeint oder unterschiedliche Ziele, je nach sachlichem Zusammenhang - in Art. 52 Abs. 1 die Inländergleichbehandlung, in Art. 57 die darüber hinausgehende Koordinierung der Zugangsvoraussetzungen (Abs. 2) und Aufhebung der Beschränkungen überhaupt? Dafür spricht, daß Art. 57 an dem Ziel ausgerichtet ist, Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erleichtern.

Alle diese Freiheiten, von denen ich eingangs sprach und die ich am Beispiel der Niederlassungsfreiheit für Apotheker verdeutlichen will, geben nach der Rechtsprechung den einzelnen «Marktbürgern», das heißt, den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, subjektive Rechte⁵. Sie können sich auf diese Rechtspositionen in den Mitgliedstaaten unmittelbar vor den Gerichten und Behörden berufen⁶, was den eigentümlichen Effekt hat, daß sie sich auch selbst in Rechtsordnungen darauf berufen können, in denen die Gerichte gar nicht darauf eingestellt sind, in ihrem eigenen Rechtssystem derartige subjektiv öffentliche Rechtspositionen traditionellerweise zu honorieren. Schon mit dieser Konzeption wirkt das EWG-Recht über die Rechtsprechung des EuGH in alle Rechtsordnungen hinein⁷.

⁴ Vgl. zum Verhältnis der besonderen Diskriminierungsverbote zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot *Bode, Ingolf*: Die Diskriminierungsverbote im EWG-Vertrag, 1968, S. 306 f.; *Feige, Konrad*: Der Gleichheitssatz im Recht der EWG, 1973, S. 30 ff.; *Steindorff, Ernst*: Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes, 1965, S. 28 ff.

⁵ Zur Bedeutung der Konzeption der "subjektiven Rechte" vgl. *Bleckmann, Albert*: Europarecht, 4. Aufl. 1985, S. 257.

⁶ Vgl. für den freien Warenverkehr EuGH, Rs. 13/68, *Salgoil*, Slg. 1968, 679 (693 f.), für die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. 41/74, *Van Duyn/ Home Office*, Slg. 1974, 1337 (1347); für die Niederlassungsfreiheit EuGH, Rs. 2/74, *Reyners/Belgien*, Slg. 1974, 631 (652 f.); für die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs, Rs. 33/74, *Van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid*, Slg. 1974, 1299 (1310 f.).

⁷ Vgl. zur funktionalen Eingliederung des EuGH in die mitgliedstaatliche Gerichtsbarkeit *Ress, Georg*: Das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (Verfassung, einfaches Gesetzesrecht, Vollziehung) *in*: *Korinek, Karl/Rill, Heinz Peter* (Hg.): Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, 1990, S. 55 ff. (56 ff.).

Die Niederlassungsfreiheit berechtigt nicht nur natürliche Personen, sondern auch Gesellschaften, wie Art. 58 i.V.m. Art. 52 Abs. 2 des EWGV zeigt: Ausländische Gesellschaften, also Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet sind und in der Gemeinschaft ihren Sitz haben, müssen auch in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen und nach den eigenen Vorschriften des betreffenden Mitgliedstaates gleichbehandelt werden⁸. Sofern - um das Beispiel aufzugreifen - es in einem Mitgliedstaat zulässig ist, eine Apotheke etwa auf der Grundlage einer oHG oder einer sonstigen Gesellschaft zu betreiben⁹, ist dies auch Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten unter den gleichen Voraussetzungen zu eröffnen.

III.

Das Apothekerniederlassungsrecht läßt sich meiner Ansicht nach als ein besonders gutes Beispiel dafür anführen, vor welchen enormen Schwierigkeiten die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit im europäischen Binnenmarkt steht. Zunächst sah der EWG-Vertrag bis zum Ende der Übergangszeit, Ende 1969, nur eine schrittweise Anpassung und Liberalisierung der Niederlassungsvoraussetzungen ohne unmittelbare Wirkung der Niederlassungsfreiheit vor, verbunden mit einer sogenannten *Stand-still-clause* des Art. 53 EWGV. Die einzelnen Mitgliedstaaten durften ihr jeweils nationales Recht über die Niederlassung zur Ausübung dieses freien Berufs, also über die Gründung oder Übernahme von Apotheken, nicht verschlechtern¹⁰, eine Situation, der sich auch jeder neue Mitgliedstaat - mittlerweile liegen eine Reihe von

⁸ Vgl. *Randelzhofer in:* Grabitz, Eberhard (Hg.): Kommentar zum EWG-Vertrag, 1990, Art. 58 Rdnr. 8 ff.; *Troberg in:* von der Groeben, Hans et al (Hg.): Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl. 1983, Art. 58 Rdnr. 1, 5.

⁹ Die Möglichkeit, eine Apotheke auf der Grundlage einer Gesellschaft zu betreiben, existiert z.B. in der Bundesrepublik (§ 8 Abs. 1 ApoG), Frankreich (Art. L 575 Abs. 2 und 3 code de la santé publique) und Großbritannien (Ss. 69, 71 Medicines Act, 1968).

¹⁰ Vgl. zum *standstill*-Gebot EuGH, Rs. 6/64, Costa/E.N.E.L., Slg. 1964, 1251, (1273 f.); Rs 48/75, Royer, Slg. 1976, 497 (516 f.).

Beitrittsanträgen bzw. Beitrittswünschen¹¹ vor - gegenübersteht. Sie treten mit ihrem jeweiligen Liberalisierungsstand in die EG ein und müssen diesen Stand beibehalten¹².

Die zweite Phase war gekennzeichnet durch die Bemühungen der Europäischen Gemeinschaft, das Apothekerniederlassungsrecht zu harmonisieren. Seit Ablauf der Übergangszeit war Artikel 52 nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbar anwendbar geworden¹³. Es heißt in Artikel 52:

"Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats werden ...(nun nicht mehr schrittweise, d. Verf.)... aufgehoben."

Diese Bestimmung sollte nach Auffassung des EuGH - und da liegt der Kern seiner ganzen bisherigen Rechtsprechung - unmittelbar wirken, also jeden Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EG unmittelbar berechtigen¹⁴. Die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung dieser Bestimmung mit der Folge der unmittelbaren Anwendbarkeit hat zunächst eine Reihe von Harmonisierungsbemühungen der Europäischen Gemeinschaft praktisch zur Makulatur werden lassen. Diese Harmonisierungen waren angestrebt worden, weil man sich nicht vorstellen konnte, daß eine solche unmittelbare Wirkung durch Richterspruch eintreten könnte¹⁵.

¹¹ Zum Beitrittsantrag der Türkei vgl. BulLEG 4/1987, S. 12, zum Antrag Österreichs vgl. BulLEG 7/8 - 1989, S. 73.

Beitrittswünsche sind nicht nur in den übrigen EFTA-Staaten und Malta, sondern auch in den Staaten Mittel- und Osteuropas laut geworden, die sich 1989 von der kommunistischen Zwangsherrschaft befreit haben.

¹² Vgl. auch *Puissochet, Jean-Pierre: L'élargissement des Communautés Européennes* 1974, S. 85 f.

¹³ Vgl. EuGH, Rs. 2/74, *Reyners/Belgien*, Slg. 1974, 631 (652); Rs. 36/74, *Walrave/Union Cycliste Internationale*, Slg. 1974, 1405 (1421); Rs. 13/76, *Donà/Mantero*, Slg. 1976, 1333 (1341) (st. Rspr.).

¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. 2/74, *Reyners/Belgien*, Slg. 1974, 631 (653).

¹⁵ Vgl. für den Bereich des Apothekenrechts Bericht im Namen des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments von Herrn Kurt Malangré, EP-Dok. 1-485/83, S. 18 f.

Die bisherigen Harmonisierungsbemühungen hatten versucht, ein für die gesamte Gemeinschaft geltendes Niederlassungsmodell zu entwickeln. Ausgelöst wurden diese Versuche durch die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in einigen bedeutsamen Entscheidungen, etwa im Fall *Reyners*¹⁶, wonach jeder, der die Voraussetzungen der Niederlassung nach der Rechtsordnung des einen Mitgliedstaates erfüllte, sich auf diese Voraussetzungen berufen konnte. Der Gerichtshof kontrollierte dabei genau (in einer Art Ergebnisschau), ob diese Voraussetzungen in diskriminierender Weise angewendet wurden.

IV.

In einem bedeutsamen Fall, nicht aus dem Apothekerrecht, aber einem Parallelrecht, nämlich dem der Rechtsanwälte – der Rechtssache *Thieffry*¹⁷ – hat der EuGH die Voraussetzung eines Universitätsabschlusses auch dann als gegeben erachtet, wenn ein ausländischer Universitätsabschluß von der Universität des betreffenden Landes als gleichwertig anerkannt worden war. Eine relativ weitgehende Entscheidung, weil die Universitätsbehörden über die Gleichwertigkeit ausländischer Abschlüsse unter Umständen unter ganz anderen Voraussetzungen entscheiden, als unter dem Aspekt der nachfolgenden Zulassung zur Rechtsanwaltschaft¹⁸. Damit ist der EuGH bewußt unter extensiver Auslegung der unmittelbaren Wirkung und des Satzes "*Die Beschränkungen der freien Niederlassung werden aufgehoben*" ein erhebliches Stück weitergegangen. Die gleiche Tendenz zeigt sich im Fall *Klopp*¹⁹, in dem es um die Doppelzulassung von Rechtsanwälten ging. Ein Düsseldorfer Anwalt mit französischen Diplomen wollte beim Barreau in Paris zugelassen werden. Die französische Rechtsanwaltskammer stellte fest, daß der Betreffende alle Voraussetzungen erfüllte bis auf die Tatsache, daß er nicht nur an einem

¹⁶ Vgl. EuGH, Rs. 2/74, *Reyners/Belgien*, Slg. 1974., 631 (655).

¹⁷ EuGH, Rs. 71/76, *Thieffry/Conseil de l'Ordre des avocats bei der Cour d'appel Paris*, Slg. 1977, 765 (778).

¹⁸ Auf diesen Unterschied hatte die französische Regierung im Verfahren besonders hingewiesen (vgl. a.a.O., S. 770).

¹⁹ EuGH, Rs. 107/83, *Ordre des avocats au barreau de Paris/Klopp*, Slg. 1984, 2971.

einzigem Ort, sondern gemessen an der Gemeinschaft, schon an einem anderen Ort, nämlich in Düsseldorf, als Rechtsanwalt zugelassen war. Nach den einschlägigen französischen Vorschriften war der Rechtsanwalt nur befugt, eine einzige Kanzlei zu unterhalten. Es stellte sich die Frage, ob diese auf französische Zulassungen in Frankreich ausgerichtete Bestimmung im Lichte der Niederlassungsfreiheit so ausgelegt werden konnte, daß damit auch die Zulassung eines Anwalts, der schon in einem anderen Mitgliedstaat eine volle Zulassung hatte und diese beibehalten wollte, ausgeschlossen werden durfte.

Diese Fragestellung geht über die Herstellung der Inländer-Gleichbehandlung hinaus und zeigt die Tendenz des Gerichtshofs auf, unter *europarechtskonformer Auslegung inländischer Bestimmungen* in vorsichtiger Weise eine Art europarechtlichen *Mindeststandard für Berufszulassungen freier Berufe* zu entwickeln. Der EuGH hat in diesem Fall die Auffassung vertreten, daß der Rechtsanwalt Klopp aus Düsseldorf in Paris zugelassen werden mußte (Zweitzulassung)²⁰.

Die Rechtsprechung läßt die Schlußfolgerung zu, daß die Niederlassungsfreiheit nicht nur eine Verpflichtung zur Herstellung der Inländer-Gleichbehandlung enthält²¹. Diese Auslegung hat auch für die Apotheker einige Konsequenzen oder besser: wirft einige Fragen auf. Verlangt der EWG-Vertrag nur, daß die Berufsbefähigung des ausländischen Pharmazeuten im Rahmen der Anerkennungsrichtlinien anerkannt wird und muß er dann nach dem eigenen Berufszulassungsrecht behandelt werden (d.h. in der Bundesrepublik bei den Apotheken nach dem Deregulierungsurteil des Bundesverfassungsgerichts²² im Rahmen eines relativ liberalen Konzessionssystems, in fast allen anderen Mitgliedstaaten im Rahmen eines Systems objektiver Zulassungskontrolle, also mit geographischer Verteilung)? Oder stellt der EWG-Vertrag über die Niederlassungsfreiheit selbst bestimmte materielle Voraussetzungen für derartige Berufszulassungssysteme auf, und wenn ja, welche sind es?

²⁰ a.a.O., S. 2990.

²¹ vgl. *Scherer, Joachim: Europäisches Niederlassungsrecht für Freiberufler, Wirtschaft und Verwaltung* 1987/3, S. 159 ff. (162 f).

²² BVerfGE 7, 377 ff.

V.

Der EWG-Vertrag in Art. 52 spricht streng genommen nur für eine Inländer-Gleichbehandlung. Um Artikel 52 Absatz 2 noch einmal zu zitieren:

"Die Niederlassungsfreiheit... (umfaßt) ...die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten... nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen."

Das heißt, der Rechtsanwalt ist in dem betreffenden Staat nach denselben Bestimmungen zu behandeln, wie sie für französische Anwälte gelten. Der Apotheker ist in jedem Staat nach den Bestimmungen zuzulassen, die für die eigenen Angehörigen, für die eigenen Berufsbefähigten, gelten.

Andere Artikel, insbesondere Art. 57 EWGV, weisen darüber hinaus; das hat Rückwirkungen auf den Begriff der Niederlassungsfreiheit. Schon das Urteil *Klopp* und andere Urteile, insbesondere auch das Urteil *Gullung* aus dem Jahre 1988²³, zeigen jedoch, daß der EuGH bei der Definition des Inhalts der Niederlassungsfreiheit als Inländer-Gleichbehandlung nicht stehengeblieben ist, sondern Artikel 52 als Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes für freie Berufe versteht, wonach das Niederlassungsrecht auch die Möglichkeit umfaßt, unter Beachtung der jeweiligen Berufsregelungen im Gebiet der Gemeinschaft mehr als eine Stelle für die Ausübung einer Tätigkeit einzurichten und beizubehalten.

Diese Interpretation eröffnet nun auch einen kritischen Blick auf das Sekundärrecht im Bereich der Apothekerniederlassung.

Die Kommission hatte im Jahre 1969 einen ersten Anlauf für Richtlinien auf diesem Gebiet unternommen²⁴. Damals scheiterten die Richtlinien. Sie fanden aus verschiedenen Gründen nicht die Billigung des Parlaments²⁵: Einem Teil

²³ EuGH, Rs. 292/86, *Gullung/Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Colmar und Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Saverne*, Slg. 1988, S. 111.

²⁴ Vgl. ABl. C 1969 Nr. 54/32 ff. (48, 50) sowie die Änderungen in KOM (72) 1375 endg.

²⁵ Vgl. EP - Dok. 102/74; ABl. C 1974 Nr. 76/48.

der Parlamentarier, aber auch der politischen Instanzen, gingen diese Richtlinien, die sich im wesentlichen auf die gegenseitige Anerkennung der Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise der Apotheker und eine Koordinierung der Ausbildung der Apotheker beschränkten - immer noch Gegenstand der beiden jetzt geltenden Richtlinien - nicht weit genug. Für andere stand das Bedürfnis nach einer europaweiten einheitlichen Regelung im Vordergrund, was bedeutet hätte, daß auch für die Bundesrepublik im Jahre 1969 eine Art geographisches Verteilungssystem oder doch wieder eine Art Zulassungsprüfung hätte eingeführt werden müssen, was über die Brüsseler Entscheidung eine Korrektur des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1957 bewirkt hätte²⁶.

Damit eröffnen sich nun eine Reihe von Fragestellungen: Könnte die Bundesregierung je einem Beschluß zustimmen, der auf der europarechtlichen Ebene eine Abweichung von den Grundsätzen mit sich bringen würde, die das Bundesverfassungsgericht über die Abschaffung der Bedürfnisprüfung bei der Zulassung von Apothekengründungen aufgestellt hat? Denn eine solche Regelung wäre - streng genommen - bei uns verfassungswidrig. Es hat im letzten Jahr zwei Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht gegeben, in denen die Zustimmung der Bundesregierung im Rat zu bestimmten Richtlinien - der Tabak-Richtlinie²⁷ und der Rundfunk- und Fernseh-Richtlinie²⁸ - verfassungsrechtlich in Zweifel gezogen worden ist und versucht worden ist, das Verhalten der Bundesregierung bzw. des Ratsvertreters am Maßstab des Verfassungsrechts zu kontrollieren. Diese Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen, zumal auch unter dem Maßstab des *Solange II-Beschlusses*²⁹ nicht auszuschließen ist, daß das Bundesverfassungsgericht in der Tat einen

²⁶ Vgl. zur dahingehenden Kritik im Bundestag und Bundesrat Pharmazeutische Zeitung (PZ) 118 (1973), S. 925, 956, 1113 f.).

²⁷ BVerfG EuR 24 (1989), 270, vgl. dazu Nicolaysen, Gert: Tabakrauch, Gemeinschaftsrecht und Grundgesetz, EuR 24 (1989), S. 215 ff.

²⁸ BVerfG EuR 24 (1989), 266, vgl. dazu Jooss, Gerhard/Scheurle, Klaus-Dieter: Die bundesstaatliche Ordnung im Integrationsprozeß - unter besonderer Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung und der Rechtsschutzmöglichkeiten der Länder, EuR 24 (1989), 226 (229 ff.).

²⁹ BVerfGE 73, 339 (387).

Beschluß der Bundesregierung am Maßstab der Verfassung kontrollieren könnte, selbst wenn es sich dabei um die Weisung des betreffenden Ratsvertreter handelt.

Für die Bundesregierung ist es deshalb außerordentlich schwer, hinter die Öffnung jener Zulassungsschranke durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1957 zurückzugehen. Da die Koordinierungsrichtlinien im Bereich des Apothekerrechts (so sagt es Artikel 57 Absatz 3 ausdrücklich) *einstimmig* ergehen müssen, hängt jede weitere Änderung auf diesem Gebiet von der Zustimmung oder Nichtzustimmung der Bundesrepublik ab. Es war deshalb rechtlich gesehen gar nicht möglich, eine andere europaweite Lösung im Sinne eines etwas liberalisierten, geographischen Verteilungssystems für alle Mitgliedstaaten herbeizuführen.

VI.

Was hat nun in dieser Situation die Europäische Gemeinschaft getan? Die beiden Richtlinien aus dem Jahre 1985, die sogenannte **Koordinierungsrichtlinie**³⁰ und die **Anerkennungsrichtlinie**³¹, lassen die Dienstleistungsfreiheit unberührt³², regeln aber erstens im Rahmen der Koordinierungsrichtlinie die Berufsausbildung zum Apotheker in den einzelnen Mitgliedstaaten, indem sie Mindestanforderungen aufstellen (Voraussetzung für die Anerkennung von Abschlußzeugnissen ist, daß die Ausbildungen angeglichen sind) und legen zweitens im Rahmen der Anerkennungsrichtlinie fest, unter welchen Voraussetzungen welche Abschlüsse anerkannt werden.

³⁰ RL 85/432/EWG vom 16.9.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über bestimmte pharmazeutische Tätigkeiten, ABl. L 253/34.

³¹ RL 85/433/EWG vom 16.9.1985 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Apothekers und über Maßnahmen zur Erläuterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts für bestimmte pharmazeutische Tätigkeiten, ABl. L 253/37.

³² Vgl. 11. Erwägungsgrund der Anerkennungsrichtlinie.

Die Anerkennungsrichtlinie von 1985 läßt die nationalen Konzessionssysteme, die in den Mitgliedstaaten bestehen, völlig unangetastet³³. Die Anerkennung der jeweiligen Befähigungsnachweise besagt nichts darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Apotheker in einem anderen Mitgliedstaat jeweils zugelassen wird. Dies hängt vielmehr im Rahmen der Niederlassungsfreiheit von den Vorschriften des jeweiligen Mitgliedstaates ab. Hier ergibt sich ein deutliches Bild: Mit Ausnahme der Bundesrepublik Deutschland, Großbritanniens und Irlands kennen alle übrigen neun Mitgliedstaaten ein Konzessionssystem mit objektiven Beschränkungen der Freiheit der Berufswahl. Bei der in diesen Mitgliedstaaten zu findenden geographischen Verteilung von Apotheken wird zum Teil nur auf das zahlenmäßige Verhältnis von Einwohnern zu Apotheken³⁴, zum Teil darüber hinaus auch auf den geographischen Abstand zwischen Apotheken³⁵ abgestellt. Parallel zu diesem geographischen Kriterium³⁶ oder dieses verdrängend³⁷ wird schließlich bei der Konzessionserteilung in einigen Mitgliedstaaten auf wirtschaftliche Gesichtspunkte wie den Schutz eines ausreichenden Umsatzes bestehender Apotheken abgestellt. Durch diese Konzessionssysteme ist die Zahl der Apotheken, die für eine Niederlassung offenstehen, von vornherein begrenzt. Dies hätte gegebenenfalls für die Bundesrepublik bedeutet, daß nunmehr bei der Anerkennung sämtlicher Befähigungsnachweise aller anderen Staaten sich eine Niederlassungswelle auf die Bundesrepublik ergossen hätte. Wer die Zahl der Apotheker-

³³ Vgl. 6., 7. und 10. Erwägungsgrund der Anerkennungsrichtlinie; vgl. daneben den 2. Erwägungsgrund der Koordinierungsrichtlinie.

³⁴ So in den Niederlanden (dort auf der Basis des freiwilligen Zusammenschlusses in der KNMP (Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering Pharmacie); vgl. *Siedenburg, E.M./Dessing, R.P.: Apotheken in Holland, Deutsche Apotheker Zeitung* 125 (1985), S. 5 (7 f.)).

³⁵ So in Frankreich (Art. L 571 code de la santé publique); Italien (Art. 1 Abs. 2 und 4 des Gesetzes Nr. 475 v. 2.4.1968 (Gazz. Uff. 27.4.1968, No. 107) und Spanien (Art. 3 Nr. 1 und 2 des Königlichen Dekrets vom 14.4.1978 (R. 980), num. 909/78).

³⁶ So in Italien (vgl. Schiedermaier, R.: Grundzüge des Apothekenrechts in Italien, *Pharmazeutische Zeitschrift* 113 (1968), S. 1275 (1277)) und in den Niederlanden (dort auf der Basis des freiwilligen Zusammenschlusses in der KNMP).

³⁷ So in Dänemark (§ 10 de Lov om Apoteksvirksomhed, Lov nr. 279 v. 6.6.1984).

niederlassungen in den Mitgliedstaaten betrachtet, muß feststellen, daß in vielen Mitgliedstaaten die Zahl der Apotheken nur mäßig gestiegen ist, jedenfalls sich in einem relativ stabilen Verhältnis befindet, während die Zahlen in der Bundesrepublik eine deutliche Sprache sprechen. Sie sind in den Jahren 1975 bis 1985 um etwa 1.000 pro Jahr gestiegen, was für diesen Berufsstand eine erhebliche Zunahme bedeutet³⁹. Die Verabschiedung einer Anerkennungsrichtlinie mit diesem Inhalt hätte bei Beibehaltung der Konzessionssysteme in anderen Mitgliedstaaten einen außerordentlich bedeutsamen wirtschaftlichen Effekt auf die Konkurrenzlage der Apotheken in der Bundesrepublik haben können.

Gemäß Artikel 2, Absatz 2 der Anerkennungsrichtlinie sind

"...die Mitgliedstaaten ...jedoch nicht verpflichtet, diesen Befähigungsnachweisen für die Gründung neuer Apotheken Wirkung zu verleihen. Dabei gelten im Sinne dieser Richtlinie als solche auch Apotheken, die vor weniger als drei Jahren eröffnet wurden."

Allein diese Regelung bewirkt, daß im Grunde die Niederlassungsfreiheit als Idealform sich nicht in einer *Gründungsfreiheit* verwirklicht, sondern in einer Übernahmefreiheit für schon etablierte Apotheken, die mindestens drei Jahre auf dem Markt eingeführt sind und für deren Erwerb dann die ausländische Berufsbefähigung ausreicht.

Damit wird der *Zusammenhang zwischen der Berufsbefähigung und der Niederlassung* als Form der selbständigen Berufsausübung angesprochen bzw. hergestellt. Die Niederlassung steht nur im Rahmen der jeweiligen nationalen Vorschriften (Konzessionssysteme mit geographischer Verteilung) offen, und die Anerkennungsrichtlinie geht zum Schutz jener Staaten, die keine solchen Konzessionssysteme haben, sogar noch einen Schritt darüber hinaus. Denn die Neugründung steht nur den einheimischen Berufsbefähigten offen oder genauer gesagt jenen, die einen Abschluß einer einheimischen Universität zur Ausübung des pharmazeutischen Berufs besitzen. Damit wird paradoxerweise die Frage der *Studienzulassung* und *Numerus clausus-Regelung* zu einer

³⁹ Vgl. Institut für Freie Berufe an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen - Nürnberg: Freie Berufe in Europa, 1987, S. 113.

solchen der Eröffnung der Niederlassungsfreiheit im Sinne der Gründungsfreiheit. Dieser mittelbare Zusammenhang wirft im Lichte des *Gravier-Urteils*³⁹ natürlich die Frage auf, ob nicht eines Tages der EuGH wegen der Auswirkungen, die diese Studienzugangsregelung auf die gesamte Niederlassungsfreiheit haben, auch eine Regelungskompetenz über diese Studienzugangsregelungen bejahen wird.

Dies sind nur Fragen. Es liegt durchaus in der Linie des *Gravier-Urteils*, daß sich solche Fragen stellen könnten. Im *Gravier-Urteil* hat man diesen Zusammenhang bislang nur in anderer Hinsicht für Bafög-Regelungen u.ä. gestellt.

VII.

Fünf Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist - und die Bundesrepublik ist einer der wenigen Staaten, die die Anerkennungs- und Koordinierungsrichtlinien bisher umgesetzt haben⁴⁰ - unterbreitet die Kommission dem Rat einen Bericht über die Anwendung des Artikels 2, Absatz 2 der Anerkennungsrichtlinie durch die Mitgliedstaaten sowie über die Möglichkeiten, die Tragweite der gegenseitigen Anerkennung der aufgeführten Befähigungsnachweise zu erweitern. Dabei legt sie gegebenenfalls entsprechende Vorschläge vor⁴¹. In Anbetracht der Vorsicht dieser Formulierung des Artikels 2 erscheint es völlig offen, ob diese Vorschriften über die gegenseitige Anerkennung erweitert werden⁴². Es ist - wie ich dargelegt habe - nicht zu erwarten, daß es zu einer europaweiten Regelung eines geographischen Verteilungssystems

³⁹ EuGH, Rs. 293/83, *Gravier/Stadt Lüttich*, Slg. 1985, 593; vgl. dazu *Oppermann, Thomas: Von der EG-Freizügigkeit zur gemeinsamen europäischen Ausbildungspolitik?*, 1988, S. 20 ff.

⁴⁰ Die Richtlinien sind bisher in Belgien, Italien, Luxemburg und Spanien überhaupt nicht, in Dänemark und den Niederlanden nur teilweise (Anerkennungsrichtlinie) umgesetzt.

⁴¹ Art. 2 Abs. 2 UA 2 der Anerkennungsrichtlinie.

⁴² Vgl. *Meyer, Hilko J.: Europa und die Niederlassung*, PZ 134 (1989) Nr. 24 (Sonderheft) S. 6 ff. (6).

kommen wird, da einer solchen Regelung verfassungsrechtliche Bedenken aus der Bundesrepublik entgegenstünden, und die Bundesrepublik auf jeden Fall einer solchen Regelung zustimmen müßte. Natürlich ist nicht auszuschließen, daß sie gleichwohl zustimmt. Aber die Frage, ob sie im Lichte von Art. 24 Abs. 1 GG trotz der bisherigen Auslegung von Art. 12 GG zustimmen dürfte, wird sicher Anlaß zu einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht geben.

Eine Ausweitung der Anerkennungswirkung ist bisher - wie der Vizepräsident der Kommission Martin Bangemann festgestellt hat - auch nicht beabsichtigt⁴³. Es wird zunächst die Liberalisierungswirkung auf diesem Stand, den ich bisher geschildert habe, bestehen bleiben. Dieser Stand ist noch nicht in allen Mitgliedstaaten erreicht, denn Griechenland hat sich seine Zustimmung zur Anerkennungsrichtlinie dadurch abringen lassen, daß es die Niederlassungsfreiheit nur für Tätigkeiten im Lohn- und Gehaltsverhältnis - also eigentlich keine echte Niederlassungsfreiheit, sondern nur für unselbständig ausgeübte pharmazeutische Tätigkeiten - gewährt⁴⁴ mit der Begründung, daß es befürchte, der Aufbau eines neuen griechischen Gesundheitswesens werde durch den einseitigen Aufkauf von Apotheken in Griechenland unter Umständen gestört⁴⁵.

In Griechenland ist demnach als Ausnahmeregelung vom sachlichen Geltungsbereich der Anerkennungsrichtlinie überhaupt keine selbständige Niederlassung für jemanden möglich, der nicht ein **griechisches** pharmazeutisches Abschlußdiplom besitzt. Natürlich kann auch ein EG-Ausländer, der in Griechenland studiert und dort das Diplom erworben hat, in Griechenland in der gleichen Weise und unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Grieche eine Apotheke eröffnen, nicht aber jemand, der über ein Diplom eines anderen

⁴³ Vgl. dessen Äußerungen in: Das Berufsrecht der Freien Berufe im EG-Binnenmarkt, PZ 135 (1989), 372.

⁴⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 1 UA 1 der Annerkennungsrichtlinie.

⁴⁵ Vgl. *Ahlgrimm, Ernst-Dietrich*: Jahreshauptversammlung des Zusammenschlusses der Apotheker in der Europäischen Gemeinschaft, PZ 130 (1985), S. 1776 ff. (1776 f.).

Mitgliedstaates verfügt und erst im Wege der Anerkennung die Gründung oder Übernahme einer Apotheke anstrebt.

VIII.

Diese Situation führt zu der Frage, wie es eigentlich mit dem von mir eingangs skizzierten *Mindeststandard* steht. Der EuGH hat die Niederlassungsfreiheit stets so ausgelegt, daß sie nicht nur für Ausländer, sondern auch für Inländer gilt und damit angedeutet, daß es so etwas wie einen Mindeststandard geben müsse, hat also die Berechtigung nationaler Regelungen - auch etwa Konzessionssysteme - unter dem Gesichtspunkt des Schutzes berechtigter öffentlicher Interessen geprüft. Ich will Ihnen das an einem bereits erwähnten Beispiel noch einmal vorführen. In dem schon zitierten Fall *Klopp* stellt der EuGH fest, daß Artikel 52, Absatz 2 im Grunde den Staaten die Regelung der Berufsausübungsvoraussetzungen überläßt. Dieser Grundsatz bedeutet jedoch nicht,

"...daß einem Rechtsanwalt durch die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates vorgeschrieben werden kann, im gesamten Gebiet der Gemeinschaft nur eine einzige Kanzlei zu unterhalten. Eine solche einschränkende Auslegung hätte nämlich zur Folge, daß ein Rechtsanwalt, der sich einmal in einem bestimmten Mitgliedstaat niedergelassen hat, die Freiheitsrechte des Vertrages zur Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat nur noch in Anspruch nehmen könnte, wenn er seine bereits bestehende Niederlassung aufgeben würde.

Daß die Niederlassungsfreiheit sich nicht auf das Recht beschränkt, nur eine Niederlassung in der Gemeinschaft zu gründen, wird durch den Wortlaut des Artikels 52 selbst bestätigt. Nach dieser Bestimmung gilt die schrittweise Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit auch für die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften.

Die Vorschrift muß als besonderer Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes verstanden werden, der auch für die freien Berufe gilt, wonach das Niederlassungsrecht auch die Möglichkeit umfaßt, unter Beachtung der jeweiligen Berufsregelungen im Gebiet der Gemeinschaft mehr als eine Stätte für die Ausübung einer Tätigkeit einzurichten und beizubehalten."⁴⁶

⁴⁶ a.a.O. (Anm. 19), S. 2989 f.

Mit anderen Worten: Hier wird aus der Niederlassungsfreiheit eine Art Kritik an den nationalen Regelungen abgeleitet und ein allgemeines Prinzip aufgestellt. Im Fall *Gullung* heißt es noch viel deutlicher, daß die Mitgliedstaaten bestimmte Voraussetzungen für die Zulassung treffen können, und der EuGH prüft, ob diese Voraussetzungen europarechtlich zulässig sind.

*"Durch dieses Erfordernis (nämlich Einhaltung der standesrechtlichen Regelungen in diesem Fall) sollen die Zuverlässigkeit und die Beachtung der standesrechtlichen Grundsätze sowie die disziplinarische Kontrolle der Tätigkeit gewährleistet werden. Es dient somit einem schutzwürdigen Zweck."*⁴⁷

Mit diesem Satz wird das gesamte Berufsstandesrecht, ja das gesamte Berufszulassungsrecht der freien Berufe vom EuGH einer europarechtlichen Kontrolle am Maßstab der Schutzwürdigkeit - wir würden sagen, am Maßstab des Gemeinwohls - unterstellt.

IX.

Welche Schlußfolgerungen sind daraus zu ziehen?

Bei der Rechtsanwaltszulassung hat der EuGH darauf abgestellt, daß das Fernmeldewesen und die Kommunikationsmöglichkeiten es heute einem Anwalt gestatten, an mehr als zwei Orten gleichzeitig seinen Beruf effektiv auszuüben und Kontakt zur Mandantschaft zu pflegen⁴⁸.

Kann man die gleiche Schlußfolgerung für den Apotheker ziehen, der eine Apotheke in Paris und in Saarbrücken gleichzeitig unterhalten möchte? Ist er in der Lage, die für die Rezeptur, Lagerung, Ausgabe von Medikamenten erforderliche Sorgfalt, Kontrolle und Aufsicht auszuüben? Ich habe Zweifel. Die Ausführungen des EuGH zu den Besonderheiten des Rechtsanwaltsberufs im Fall *«Klopp»* verlangen meiner Ansicht nach eine besondere Berücksichtigung der jeweiligen Kontrollbedürfnisse des *spezifischen* Berufes. Ich habe

⁴⁷ a.a.O. (Anm. 22), S. 140.

⁴⁸ a.a.O. (Anm. 19), S. 2990.

Zweifel, ob der EuGH die Schlußfolgerung, die er im Fall «Klopp» für die Rechtsanwälte gezogen hat, für eine Doppelzulassung von Apothekern in gleicher Weise ziehen würde.

Die andere Frage, ob es Bedenken gegen die Konzessionssysteme aus dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls gibt, wird man nicht so leicht negativ oder positiv beantworten können. Es genügt meiner Ansicht nach nicht, darauf hinzuweisen, daß das Bundesverfassungsgericht im Lichte der Berufsfreiheit eine derartige berufslenkende Maßnahme verworfen hat. Im Rahmen des Europarechts ist zu berücksichtigen, daß in nahezu allen Mitgliedstaaten aus den verschiedensten Gründen ein geographisches Verteilungssystem für Apotheken mit einer Maximumregel pro Gemeinde⁴⁹, mit einer Regelung zur Vermeidung der Konzentration von Apotheken an bestimmten Orten⁵⁰, mit Regelungen über die Befriedigung einzelner Wohngebiete⁵¹ und relativ weitgehend in einigen Mitgliedstaaten mit Voraussetzungen über einen leidlichen finanziellen Ertrag der jeweiligen Apotheke⁵² existiert. Solche Zulassungsvoraussetzungen für die Gründung einer Apotheke sind in den meisten Mitgliedstaaten vorhanden. Läßt sich in Zweifel ziehen, daß diese Voraussetzungen einem, auch bei der europarechtlichen Würdigung zu beachtenden, Allgemeininteresse entsprechen? Müßte der Gerichtshof sich nicht fragen, ob in diesen Regelungen sich nicht ein allgemeiner Grundsatz wenigstens in Ansätzen zeigt, wonach die Mitgliedstaaten im Gesundheitswesen eine derartige Beschränkung zumindest für zulässig ansehen? Eine Verpflichtung jedenfalls, europaweit auf ein ähnliches System umzuschwenken, wie es in der Bundesrepublik seit dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts besteht, läßt sich aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht nicht herleiten. Diese Umgestaltung ist jedem Mitgliedstaat überlassen. Das ernüchternde, vielleicht für Sie schockierende Ergebnis dieser Betrachtung ist, daß die Niederlassungs-

⁴⁹ so z.B. in Belgien, Frankreich, Italien und Spanien.

⁵⁰ Regelungen über obligatorische Mindestabstände zwischen Apotheken bestehen z.B. in Italien, Portugal und Spanien; ein Mindestabstand kann z.B. festgelegt werden in Belgien und Frankreich.

⁵¹ so z.B. in Frankreich und Spanien.

⁵² so in Dänemark und den Niederlanden.

freiheit für Apotheker - und das ließe sich auch an anderen freien Berufen exemplifizieren - sich auch über die Richtlinie nur im Wege der Koordinierung der Berufsausbildung und der Anerkennung der Berufsabschlüsse, nicht aber in der Beseitigung der bestehenden Berufszulassungsregelungen, also der objektiven Zulassungsvoraussetzungen auswirkt. Diese objektiven Zulassungsvoraussetzungen bestehen nach wie vor fort. Für den Apothekerberuf reduziert sich sogar darüber hinaus die Niederlassungsfreiheit über die Anerkennungsrichtlinie auf eine *Übernahmefreiheit* schon bestehender Apotheken. Das hat zur Folge, daß bei Übernahme von bestehenden Apotheken nur noch die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen geprüft werden müssen und dann im Rahmen eines Auswahlverfahrens, für das viele Apothekengesetze der Mitgliedstaaten oder deren allgemeines Verwaltungsrecht Regeln und Vorschriften enthalten, eine entsprechende Auswahl unter den Bewerbern nach dem geeignetsten Bewerber, aber ohne nationale Diskriminierung, durchzuführen ist.