SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS M. POIARES MADURO vom 30. September 2009 [1]

[1]1. Die Befürchtung, dass bedürftige Apotheker ihre beruflichen Pflichten vernachlässigen könnten, ist nicht neu. Sie besteht mindestens seit der Zeit, als Shakespeares Romeo einen „armen Schelm" von einem Apotheker mit folgenden Worten dazu bewog, ihm Gift zu verkaufen:

„Der Hunger sitzt in deinen hohlen Backen,

Not und Bedrängnis darbt in deinem Blick,

Auf deinem Rücken hängt zerlumptes Elend,
Die Welt ist nicht dein Freund, noch ihr Gesetz;

Die Welt hat kein Gesetz, dich reich zu machen: Drum sei nicht arm,.

brich das Gesetz und nimm" [2]

2. Dem Gedankengang Shakespeares folgend könnte man sagen, dass es in dem vorliegenden Fall im Kern um die Frage geht, inwieweit man einige Apotheker reich machen muss, um die Qualität der pharmazeutischen Versorgung zu gewährleisten. In der Tat rechtfertigen die asturischen Behörden — und die Behörden anderer Mitgliedstaaten mit ähnlichen Vorschriften — ihre Regelungen, durch die die Eröffnung neuer Apotheken beschränkt wird, zumeist mit der Notwendigkeit, die richtigen finanziellen Anreize für eine möglichst flächendeckende und gute pharmazeutische Versorgung aufrechtzuerhalten. Dies erfordert ihrer Ansicht nach einerseits, existierende Apotheken vor den „Gefahren" des Wettbewerbs zu schützen, und andererseits, Apotheker für weniger gewinnträchtige Gebiete zu gewinnen, indem der Zugang zu den profitabelsten Gebieten beschränkt wird. Ich habe keine Zweifel, dass die zur Verfügung stehende Versorgung durch die finanziellen Begleitumstände beeinflusst wird. Es ist legitim, wenn Staaten ihren Regelungen solche Überlegungen zugrunde legen, soweit diesen Erwägungen bei der Verfolgung eines öffentlichen Ziels wie des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung entscheidende Bedeutung zukommt. Auf der anderen Seite können sich die Staaten nicht einfach auf die angesprochene mögliche Wechselwirkung berufen, um jede beliebige Regelung zu rechtfertigen. Rechtsvorschriften, die einigen Wirtschaftsteilnehmern bestimmte finanzielle Vorteile gegenüber anderen verschaffen, müssen eingehend geprüft werden. Auf die im vorliegenden Fall gestellte Frage gibt es keine einfache Antwort. Einerseits kommt dem Schutz der menschlichen Gesundheit eine überragende Bedeutung zu,

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — William Shakespeare, *Romeo und Julia*, Fünfter Aufzug, Erste Szene, in der Übersetzung von August Wilhelm Schlegel.

und der Gerichtshof muss die Entscheidungen der Mitgliedstaaten in diesem komplexen Bereich respektieren. Andererseits hat der Gerichtshof die Aufgabe, Abhilfe in Fällen zu schaffen, in denen lokalpolitische Vorgänge vereinnahmt worden sind, um etablierten Ortsansässigen lukrative Vorteile zulasten u. a. Angehöriger anderer Mitgliedstaaten zu verschaffen. Diese Aufgabe entfällt nicht bereits deshalb, weil ein Sachverhalt das Gebiet der öffentlichen Gesundheit betrifft. Eines unparteiischen Schiedsrichters bedarf es vielmehr gerade dann, wenn es nicht nur um finanzielle Vorteile, sondern auch um die menschliche Gesundheit geht. Dementsprechend werde ich mich bei der Beantwortung der im vorliegenden Fall gestellten Fragen bemühen, die widerstreitenden Interessen abzuwägen, indem ich sowohl die politischen Urteile der Mitgliedstaaten respektiere als auch ihre Umsetzungsregelungen sorgfältig auf Anzeichen für eine „politische Vereinnahmung" untersuche und dabei die Erfordernisse der Einheitlichkeit und Kohärenz zum Maßstab nehme, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu nationalen Vorschriften, die die Verkehrsfreiheit behindern, entwickelt hat.

I — Tatsächlicher und rechtlicher Rahmen

3. Die beiden Kläger sind spanische Staatsangehörige, die einen Abschluss als Apotheker besitzen, jedoch nicht über eine Zulassung zur Eröffnung einer Apotheke verfügen. Sie haben ihren Beruf mehrere Jahre in Veterinärapotheken ausgeübt. Da sie ihre eigene Apotheke betreiben wollen, beantragten sie eine Zulassung zur Eröffnung einer neuen Apotheke im Principado de Asturias (Autonome Gemeinschaft Asturien) in Spanien. Die benötigte Zulassung wurde ihnen mit Entscheidung der Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (Gesundheitsbehörde) des Principado de Asturias vom 14. Juni 2002 verweigert. Am 10. Oktober 2002 bestätigte der asturische Consejo de Gobierno (Ministerrat) diese Entscheidung. Hiergegen erhoben die Kläger Klage beim Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

4. Die Entscheidungen der asturischen Behörden beruhen auf dem Dekret 72/2001 vom 19. Juli 2001 zur Regelung des Apothekenwesens im Principado de Asturias, mit dem eine Zulassungsregelung einschließlich bestimmter Beschränkungen für die Eröffnung von Apotheken in der Autonomen Gemeinschaft und ein Verfahren für die Erteilung von Zulassungen an konkurrierende Bewerber eingeführt wurde. Die Kläger machen geltend, dass dieses Dekret ihr Recht auf freie Niederlassung aus Art. 43 EG verletze. Angesichts der Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Dekrets unter dem Gesichtspunkt des Gemeinschaftsrechts hat das nationale Gericht dem Gerichtshof die beiden folgenden Fragen vorgelegt:

Steht Art. 43 EG den Bestimmungen der Art. 2, 3 und 4 des Dekrets 72/2001 vom 19. Juli 2001 des Principado de Asturias zur Regelung des Apothekenwesens sowie den Abs. 4, 6 und 7 des Anhangs des Dekrets entgegen? (Rechtssache C-570/07)

und

Steht Art. 43 EG der Regelung der Comunidad Autónoma del Principado de Asturias über die Zulassung zur Eröffnung einer Apotheke entgegen? (Rechtssache C-571/07)

5. Die angefochtene Regelung sieht — wie oben erwähnt — eine Beschränkung der Eröffnung neuer Apotheken vor und enthält Kriterien für die Differenzierung zwischen konkurrierenden Bewerbern, die eine Zulassung zur Eröffnung einer neuen Apotheke beantragen. Die wichtigste Beschränkung besteht in einer quantitativen Begrenzung, wonach die Anzahl der Apotheken in einem Gebiet nach Maßgabe der dortigen Bevölkerungszahl beschränkt wird, sowie in einer geografischen Begrenzung, durch die die Eröffnung einer neuen Apotheke in einer Entfernung von weniger als 250 Metern von einer anderen Apotheke verhindert wird. Die konkreten Bestimmungen lauten wie folgt:

„*Art. 2.* Bevölkerungseinheiten

(1) In jedem Apothekenbezirk entspricht die Anzahl der Apotheken einer Einheit von 2 800 Einwohnern pro Apotheke. Wird dieses Verhältnis überstiegen, kann für einen Bruchteil von mehr als 2 000 Einwohnern eine neue Apotheke eröffnet werden.

(2) In allen Basiszonen für die Gesundheitsversorgung und in allen Concejos [asturische Verwaltungseinheiten] kann mindestens eine Apotheke bestehen.

Art. 3. Berechnung der Einwohnerzahl

Im Rahmen dieses Dekrets erfolgt die Berechnung der Einwohnerzahl auf der Grundlage der letzten Revision des Einwohnerregisters.

Art. 4. Mindestentfernungen

(1) Die Mindestentfernung zwischen zwei Apotheken beträgt unabhängig vom Apothekenbezirk, zu dem sie gehören, im Allgemeinen 250 Meter.

(2) Diese Mindestentfernung von 250 Metern ist auch gegenüber den Gesundheitszentren in den Apothekenbezirken, gleichviel ob es sich um ambulante oder stationäre, öffentliche oder private Einrichtungen handelt, sowie gegenüber mobilen oder als Notdienst tätigen Gesundheitseinrichtungen zu wahren, und zwar unabhängig davon, ob diese Einrichtungen bereits in Betrieb oder noch im Bau sind.

Das Erfordernis der Entfernung zu den Gesundheitszentren findet keine Anwendung in Apothekenbezirken mit nur einer Apotheke und in Orten, in denen es derzeit nur eine Apotheke gibt und bei denen wegen ihrer Besonderheiten die Eröffnung neuer Apotheken nicht zu erwarten ist.

In beiden Fällen müssen die Umstände erwiesen sein, aufgrund deren das Erfordernis der Entfernung zu einem Gesundheitszentrum keine Anwendung findet.“ [3]

6. Im Rahmen dieser Regelung sind in den Vorschriften verschiedene Kriterien zur Differenzierung zwischen konkurrierenden Zulassungsbewerbern aufgeführt. Für Berufs- und Lehrerfahrung werden nach unterschiedlichsten Kriterien jeweils Punkte vergeben. Für Berufserfahrung in Orten mit weniger als 2 800 Einwohnern ist die Punktezahl höher als bei anderen Arten der Berufsausübung. Darüber hinaus sieht das Gesetz Folgendes vor:

„1. Die in diesem Bewertungskatalog niedergelegten Kriterien und Verdienste sind durch amtliche Bescheinigungen der Verwaltung oder der zuständigen Stelle nachzuweisen.

2. Die berufliche und akademische Erfahrung wird in vollen Monaten angerechnet, auch wenn die Arbeitszeiträume nicht zusammenhängen. Nicht zusammenhängende Zeiträume können zu Einheiten von 21 Tagen oder 168 Stunden, die einem Monat entsprechen, zusammengezogen werden, bis das Minimum erreicht ist.

3 — Dekret 72/2001.

Bei Teilzeitarbeitsverträgen werden die Verdienste wegen Berufserfahrung im Verhältnis der Teilzeitarbeit zur Vollzeitarbeit angerechnet.

3. Es wird nicht mehr als eine berufliche Tätigkeit auf denselben Zeitraum angerechnet, es sei denn, es handelt sich um zwei berufliche Tätigkeiten in Teilzeit.

4. Die Berufserfahrung als Inhaber oder Mitinhaber einer Apotheke und sonstige Verdienste werden nicht angerechnet, wenn sie bereits in der Vergangenheit für die Erteilung einer Apothekenzulassung berücksichtigt wurden.

5. Besteht Mitinhaberschaft an einer Apotheke und sind nicht mehr als zwei Mitinhaber vorhanden, werden jedem 50 % als Verdienste angerechnet. Sind mehr als zwei Mitinhaber vorhanden, werden 50 % der Verdienste des Mitinhabers mit der höchsten bzw. der niedrigsten Punktzahl berücksichtigt.

6. Die auf die Berufsausübung bezogenen beruflichen Verdienste, die im Principado de Asturias erworben wurden, werden bei der Berechnung um 20 % erhöht.

7. Führt die Anwendung des Bewertungskatalogs zu Punktgleichheit, werden die Zulassungen nach folgender Rangfolge erteilt:

a) Pharmazeuten, die noch nicht Inhaber einer Apotheke waren.

b) Pharmazeuten, die Inhaber von Apotheken in Apothekenbezirken oder Orten mit weniger als 2 800 Einwohnern waren.

c) Pharmazeuten, die ihre Tätigkeit im Principado de Asturias ausgeübt haben.

d) Pharmazeuten, die die größeren akademischen Verdienste vorweisen.“ [4]

4 — Anhang — Katalog von Verdiensten für den Zugang zur Inhaberschaft einer Apotheke.

II — Würdigung

A — *Zulässigkeit*

7. Nach Auffassung einiger Verfahrensbeteiligter ist das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen unzulässig, da es sich bei den Klägern um spanische Staatsangehörige handele, die sich gegen spanische Vorschriften wendeten. Der Gerichtshof entscheidet jedoch in ständiger Rechtsprechung, dass derartige Vorabentscheidungsersuchen zulässig sind.[5] Es ist allein Sache des nationalen Gerichts, die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils zu beurteilen.[6] Der Gerichtshof erlässt eine solche Vorabentscheidung, es sei denn, es ist offensichtlich, dass die erbetene Entscheidung in keinem Zusammenhang mit dem Ausgangsrechtsstreit steht.[7] Die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts kann für das nationale Gericht erforderlich sein, selbst wenn es im Streitfall um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt geht, da „[e]ine Antwort … ihm … dann von Nutzen sein [könnte], wenn sein nationales Recht in einem Verfahren der vorliegenden Art vorschriebe, dass einem inländischen Erzeuger die gleichen Rechte zustehen, die dem Erzeuger eines anderen Mitgliedstaats in der gleichen Lage kraft Gemeinschaftsrechts zustünden“[8]. Wie ich bereits an anderer Stelle ausgeführt habe, sprechen für diesen Ansatz meiner Meinung nach der Geist der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof sowie die Notwendigkeit, Situationen zu vermeiden, in denen die Anwendung von nationalen Rechtsvorschriften in Verbindung mit der Anwendung von Gemeinschaftsrecht eine Diskriminierung der eigenen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats bewirkt.[9] Daher sollte der Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache die erbetene Auslegung von Art. 43 EG vornehmen.

B — *Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit*

8. Das Gemeinschaftsrecht lässt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Gesundheitssysteme und ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt.[10] Apotheken sind zwar gewerbliche Unternehmen, sie sind aber auch Bestandteil des Systems der Gesundheitsversorgung. Im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die Ausgestaltung solcher Systeme können die Mitgliedstaaten daher Vorschriften zur Organisation von Apotheken ebenso

5 — Urteile vom 5. Dezember 2000, Guimont (C-448/98, Slg. 2000, I-10663, Randnr. 23), vom 5. März 2002, Reisch u. a. (C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99, Slg. 2002, I-2157, Randnr. 26), vom 11. September 2003, Anomar u. a. (C-6/01, Slg. 2003, I-8621, Randnr. 41), vom 30. März 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Slg. 2006, I-2941, Randnr. 29), vom 5. Dezember 2006, Cipolla u. a. (C-94/04 und C-202/04, Slg. 2006, I-11421, Randnr. 30), sowie vom 31. Januar 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Slg. 2008, I-349, Randnr. 69).

6 — Vgl. z. B. Urteil Centro Europa 7, Randnr. 52.

7 — Urteil Centro Europa 7, Randnr. 53.

8 — Urteil Guimont, Randnr. 23.

9 — Meine Schlussanträge in der Rechtssache Centro Europa 7, Nr. 30.

10 — Urteile vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, Slg. 2009, I-4171, Randnr. 18), und vom 11. September 2008, Kommission/Deutschland (C-141/07, Slg. 2008, I-6935, Randnr. 22).

erlassen, wie sie dies für andere Dienste im Gesundheitswesen tun. [11]

9. Allerdings müssen die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit in diesem Bereich im Einklang mit den durch den Vertrag garantierten Freiheiten einschließlich der Niederlassungsfreiheit ausüben. [12] Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich, dass jede nationale Regelung, die geeignet ist, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit durch die Gemeinschaftsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, eine Beeinträchtigung der Rechte aus Art. 43 EG darstellt, auch wenn die Regelung ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist. [13]

10. Bei Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten handelt es sich oft um ein Hemmnis beim Zugang zum nationalen Markt infolge von Maßnahmen, durch die dort von Wirtschaftsteilnehmern schon erworbene Marktstellungen geschützt werden. [14] Eine Beschränkung liegt in dem Erfordernis der vorherigen Erteilung einer Erlaubnis, wonach die Ausübung einer Tätigkeit bestimmten Wirtschaftsteilnehmern vorbehalten ist, die zuvor festgelegte Anforderungen erfüllen. [15] Insbesondere „stellt eine nationale Regelung, wenn sie die Ausübung einer Tätigkeit von einer Bedingung abhängig macht, die an den wirtschaftlichen und sozialen Bedarf an dieser Tätigkeit anknüpft, eine Beschränkung dar, weil sie darauf abzielt, die Zahl der Dienstleister zu begrenzen“. [16] Auf dieser Grundlage hat der Gerichtshof entschieden, dass eine nationale Regelung, die neue Zahnambulatorien nur zulässt, wenn die örtlichen Behörden einen Bedarf an weiteren Kliniken für gegeben halten, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt. [17] Solche Begrenzungen entsprechen denjenigen, die nach der Rechtsprechung als Hemmnisse für den freien Warenverkehr gelten, da sie die Stellung etablierter Wirtschaftsteilnehmer schützen und damit den Zugang von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten zum nationalen Markt behindern. [18]

11. Bei Übertragung dieser Maßstäbe auf die im vorliegenden Fall streitige Regelung, die die Eröffnung neuer Apotheken an den Standort und die Bevölkerungszahl betreffende Voraussetzungen knüpft, wird deutlich, dass die Regelung eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt. Die

11 — Urteile Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 18, und Kommission/Deutschland vom 11. September 2008, Randnr. 22.

12 — Urteile Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 18, und Kommission/Deutschland vom 11. September 2008, Randnrn. 22 f.

13 — Urteile Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 22, und vom 10. März 2009, Hartlauer (C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Randnr. 33).

14 — Vgl. meine Schlussanträge in den Rechtssachen Cipolla u. a., Nr. 59.

15 — Urteile Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 23, Hartlauer, Randnr. 34, und vom 6. März 2007, Placanica u. a. (C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Randnr. 42).

16 — Urteil Hartlauer, Randnr. 36.

17 — Urteil Hartlauer, Randnr. 39.

18 — Vgl. zu diesem Punkt meine Schlussanträge in den Rechtssachen Alfa Vita Vassilopoulos und Carrefour-Marinopoulos (C-158/04 und C-159/04, Urteil vom 14. September 2006, Slg. 2006, I-8135, Nr. 47).

Eröffnung neuer Apotheken ist nämlich nur mit vorheriger Erlaubnis möglich, die wiederum nur dann erteilt wird, wenn die auf Standort und Bevölkerungszahl abstellenden Bedingungen erfüllt sind. Diese Voraussetzungen entsprechen also genau dem in der Rechtssache Hartlauer streitigen Erfordernis, dass für die Eröffnung eines Ambulatoriums ein entsprechender Bedarf nachgewiesen wird. Wenn die nationalen Behörden aufgrund einer zu niedrigen Bevölkerungszahl keinen Bedarf für eine neue Apotheke feststellen können, darf keine eröffnet werden. Durch Sperrung des Marktzugangs bewirken die fraglichen Maßnahmen, dass diejenigen, die eine Apotheke im Gebiet von Asturien eröffnen wollen, daran gehindert werden, und behindern damit die Eröffnung ausländischer Apotheken.

C — *Mögliche Rechtfertigung einer solchen Beschränkung*

12. Die Feststellung, dass die nationale Regelung die Niederlassungsfreiheit beschränkt, ist nur der erste Prüfungsschritt. Solche nationalen Regelungen können nämlich gerechtfertigt sein, wenn die folgenden vier Voraussetzungen erfüllt sind: „keine diskriminierende Anwendung, Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, Eignung, die Erreichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten, und Beschränkung auf das, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist“ [19].

1. Keine diskriminierende Anwendung

13. Die wesentlichsten Bestimmungen des Dekrets, d. h. die Erfordernisse hinsichtlich Bevölkerungszahl und Mindestentfernung, wirken nicht diskriminierend. Sie gelten unterschiedslos für alle Pharmazeuten. [20] Dies trifft auch auf die von den asturischen Behörden aufgestellten Kriterien zur Beurteilung konkurrierender Anträge auf Erteilung einer Erlaubnis zur Eröffnung einer Apotheke zu, wonach Pharmazeuten, die zuvor in unterversorgten Gebieten tätig waren, Vorrang eingeräumt wird. [21] Grundsätzlich hat jeder Pharmazeut unabhängig von seiner Herkunft die gleiche Möglichkeit, sich auf diese Vorschrift zu berufen.

14. Die Kriterien, aufgrund deren Antragsteller, die als Pharmazeuten im Gebiet von Asturien tätig waren [22], zusätzliche Priorität genießen, stellen jedoch eine unzulässige Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Dies gilt, obwohl die

19 — Urteil vom 30. November 1995, Gebhard (C-55/94, Slg. 1995, I-4165). Vgl. auch Urteil vom 21. April 2005, Kommission/Griechenland (C-140/03, Slg. 2005, I-3177).

20 — Vgl. z. B. Urteil Kommission/Deutschland vom 11. September 2008, Randnr. 33.

21 — Vgl. Nr. 7 b des Anhangs des Dekrets 72/2001.

22 — Vgl. Nrn. 6 und 7 c des Anhangs des Dekrets 72/2001.

Bestimmung — ebenso wie diejenige, die Pharmazeuten aus unterversorgten Gebieten begünstigt — auf den ersten Blick nicht auf die nationale Herkunft abstellt und sich ein in Asturien tätiger Pharmazeut aus einem anderen Mitgliedstaat ebenfalls auf sie berufen könnte. Eine Diskriminierung liegt vor, weil gemäß der Regelung die in Asturien erworbene Berufserfahrung in gewisser Weise als wertvoller betrachtet wird als eine entsprechende Berufserfahrung, die in einem anderen Mitgliedstaat erworben wurde. [23] Ein solches Kriterium lässt sich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht rechtfertigen, da die Gleichbewertung von in anderen Mitgliedstaaten erlangten Qualifikationen für die Freizügigkeit von entscheidender Bedeutung ist.

15. Dieses Ergebnis wird auch nicht durch den Umstand in Frage gestellt, dass spanische Pharmazeuten aus anderen Gebieten als Asturien durch eine solche Politik in gleicher Weise benachteiligt werden. Für das Vorliegen einer Diskriminierung ist es dem Gerichtshof zufolge „nicht erforderlich, dass alle Unternehmen eines Mitgliedstaats gegenüber ausländischen Unternehmen bevorzugt sind. Es genügt, dass die geschaffene Vorzugsregelung einem inländischen Erbringer von Dienstleistungen zugutekommt." [24] Die von den asturischen Behörden eingeräumte Vorrangstellung derjenigen Pharmazeuten, die ihren Beruf in Asturien ausgeübt haben, benachteiligt offenkundig diejenigen Pharmazeuten, die nicht aus dem Principado kommen, einschließlich derjenigen aus anderen Mitgliedstaaten und auch derjenigen asturischen Pharmazeuten, die von ihrer Niederlassungsfreiheit in anderen Mitgliedstaaten Gebrauch gemacht haben. [25] Eine solche Politik stellt eine nach dem Vertrag verbotene diskriminierende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.

16. Bei der Prüfung der anderen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, wenn das Gesetz gerechtfertigt sein soll, beschränke ich meine Untersuchung auf die nichtdiskriminierenden Merkmale der Regelung.

2. Im Allgemeininteresse liegendes Ziel

17. Die an die Bevölkerungszahl und an geografische Grenzen anknüpfenden Beschränkungen verfolgen das im Allgemeininteresse liegende Ziel des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung durch eine gute pharmazeutische Versorgung in allen Gebieten Asturiens. Der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gehört zweifellos zu den zwingenden

23 — Vgl. Urteil Gebhard, Randnr. 38. Außerdem ist zu beachten, dass die Bevorzugung von Pharmazeuten mit in Asturien erworbener Berufserfahrung in keinem Zusammenhang mit dem Ziel steht, die Niederlassung in schwach bevölkerten Gebieten zu fördern, da die Bevorzugung allen in Asturien niedergelassenen Pharmazeuten zugutekommt, und zwar unabhängig davon, ob sie durch eine vorherige Tätigkeit in einem schwach bevölkerten Gebiet zur Erreichung dieses Ziels beigetragen haben.

24 — Urteile Kommission/Deutschland vom 11. September 2008, Randnr. 38, und vom 25. Juli 1991, Kommission/Niederlande (C-353/89, Slg. 1991, I-4069, Randnr. 25).

25 — Vgl. Urteile vom 6. Dezember 2007, Kommission/Deutschland (C-456/05, Slg. 2007, I-10517, Randnr. 58). Vgl. auch Urteile vom 7. Mai 1991, Vlassopoulou (C-340/89, Slg. 1991, I-2357), und vom 14. September 2000, Hocsman (C-238/98, Slg. 2000, I-6623).

Gründen des Allgemeininteresses.[26] Ein Großteil der von den Verfahrensbeteiligten vorgetragenen Argumente scheint sich auf die Frage zu konzentrieren, welche Lösung dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und — insbesondere im vorliegenden Fall — der flächendeckenden guten pharmazeutischen Versorgung am besten dient: eine Lösung, die die Eröffnung von Apotheken erleichtert und gleichzeitig den Wettbewerb zwischen ihnen fördert, oder eine Lösung, die die Eröffnung von Apotheken in den dicht besiedelten Gebieten begrenzt, um den Wettbewerb zu beschränken und die Eröffnung von Apotheken in dünn besiedelten Gebieten des Landes zu fördern. Die Verfahrensbeteiligten führen einander widersprechende Beweise, darunter Erfahrungsberichte aus verschiedenen Mitgliedstaaten, an, um darzutun, dass die von ihnen bevorzugte Lösung am besten zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung geeignet ist.

18. Zu dieser Frage reicht meines Erachtens der Hinweis, dass jedem Mitgliedstaat ein Wertungsspielraum bei der Gestaltung seiner eigenen Regelung zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zuzuerkennen ist und dass der Gerichtshof die Wertung der Mitgliedstaaten weitgehend respektieren muss[27]. Dies gilt insbesondere dann, wenn wichtige Regelungsunterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten dafür sprechen, dass kein politischer Konsens besteht. Die Tatsache, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer oder einem bestimmten Anliegen einen höheren Stellenwert einräumt als einem anderen, bedeutet nicht, dass eine der beiden Regelungen mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist.[28] Darüber hinaus hat der Gerichtshof ausdrücklich festgestellt, dass die Planung der medizinischen Leistungen, einschließlich ihrer gleichmäßigen Verteilung über das gesamte Staatsgebiet, in diesen Wertungsspielraum falle.[29] Im Bereich pharmazeutischer Erzeugnisse und Dienstleistungen hat der Gerichtshof entschieden, dass die Festlegung von Verkaufspreisen[30] und die Begrenzung des Wettbewerbs[31] zulässige Mittel zur Erreichung dieser Ziele auf dem Gebiet der öffentlichen Gesundheit darstellten.

19. Auch wenn rein wirtschaftliche Ziele kein den Grundfreiheiten entgegenstehendes Hindernis zu rechtfertigen vermögen[32], kann eine Beschränkung jedoch gerechtfertigt sein, soweit dies für das wirtschaftliche Funktionieren des Gesundheitssystems erforderlich ist.[33] Insbesondere können „wirtschaftliche Interessen, die auf die Aufrechterhaltung einer ausgewogenen und allen zugänglichen ärztlichen und klinischen Versorgung gerichtet sind", ein anzuerkennendes Allgemeininteresse darstellen. Versorgungsstellen, u. a. ihre „geografische Verteilung, ihr Ausbau und

26 — Urteile Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 27, Hartlauer, Randnr. 46, und Kommission/Deutschland vom 11. September 2008, Randnrn. 46 f.

27 — Vgl. Urteil Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 19.

28 — Urteil vom 11. Juli 2002, Gräbner (C-294/00, Slg. 2002, I-6515, Randnr. 46).

29 — Urteil Kommission/Deutschland vom 11. September 2008, Randnr. 61.

30 — Urteil vom 11. Dezember 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Slg. 2003, I-14887, Randnr. 122).

31 — Urteil Kommission/Deutschland vom 11. September 2008, Randnr. 59.

32 — Oben, Fn. 29.

33 — Urteil vom 13. Mai 2003, Müller-Fauré und van Riet (C-385/99, Slg. 2003, I-4509, Randnr. 73).

die Einrichtungen, über die sie verfügen, oder auch die Art der medizinischen Leistungen, die sie anbieten können, müssen nämlich Gegenstand einer Planung sein, die zum einen in der Regel im betreffenden Mitgliedstaat gewährleisten soll, dass ein ausgewogenes Angebot qualitativ hochwertiger Krankenhausversorgung ständig in ausreichendem Maße zugänglich ist, und die zum anderen von dem Willen getragen wird, die Kosten zu beherrschen und so weit wie möglich jede Vergeudung finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen zu vermeiden“ [34]. Dementsprechend komme ich zu dem Ergebnis, dass die Gewährleistung einer Verteilung von Apotheken im gesamten Gebiet als zwingender Grund des Allgemeininteresses anzusehen ist und dass der Mitgliedstaat nicht versuchen muss, eine qualitativ hochwertige pharmazeutische Versorgung im Wege des freien Wettbewerbs zu erreichen.

3. Eignung des Dekrets, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und Beschränkung auf das, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist

20. Wenngleich die Wertung angemessen berücksichtigt werden muss, die im nationalen Gesetzgebungsverfahren zum Ausdruck kommt und die von den Regulierungsstellen vorgenommen wird, die aufgrund ihrer größeren Ortsnähe und ihres Fachwissens am ehesten beurteilen können, wie die Ziele staatlicher Politik wie der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung am besten zu verwirklichen sind, so birgt es doch gewisse Gefahren in sich, wenn diesen Stellen die Entscheidung überlassen bleibt. [35] Aufgrund ihrer Nähe ist es nämlich auch möglich, dass diese Stellen in ihrer Regelungsfunktion von in einem Gebiet vorherrschenden Sonderinteressen zulasten der Interessen der Verbraucher sowie möglicherweise zulasten in- und ausländischer Mitbewerber „vereinnahmt“ werden. Besonderer Anlass zur Sorge besteht in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die von den Kommunen getroffene Grundsatzentscheidung etablierten Wirtschaftsteilnehmern lukrative Vorteile zulasten neuer Marktteilnehmer verschafft.

21. Gerade unter diesem Gesichtspunkt wird die zunehmende Bedeutung erkennbar, die das Erfordernis der Kohärenz und Einheitlichkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs gewonnen hat, wenn er kontrolliert, auf welche Art und Weise eine nationale Regelung ihr angegebenes Ziel verfolgt. Das Erfordernis der Einheitlichkeit und Kohärenz besagt, dass „eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“ [36]. Dieses Erfordernis ermöglicht dem Gerichtshof eine Abgrenzung zwischen Regelungen, mit denen ein legitimes Ziel des Allgemeininteresses verfolgt wird, und Regelungen, die ursprünglich vielleicht einmal auf die Verfolgung eines solchen Ziels

34 — Urteil Kommission/Deutschland vom 11. September 2008, Randnrn. 60 f.

35 — Vgl. Urteil Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 19.

36 — Urteil Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 42.

ausgerichtet waren, dann aber von bestimmten Sonderinteressen vereinnahmt worden sind. Man könnte es als ein Erfordernis bezeichnen, das die Integrität des Regelungs- und Gesetzgebungsverfahrens und die angemessene politische Verantwortung schützt. Meines Erachtens spielt dieses Erfordernis bei der Beurteilung des vorliegenden Falls eine entscheidende Rolle.

22. So ist der Gerichtshof im Urteil Hartlauer dem Argument des Staates gefolgt, dass zur Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems eine Begrenzung der Anzahl der Arztpraxen erforderlich sein könnte. Er ist jedoch zu dem Ergebnis gekommen, dass die Regelung nicht tatsächlich dem Anliegen gerecht werde, dieses Ziel zu erreichen, da selbständige Ambulatorien und Gruppenpraxen dieselben Auswirkungen haben könnten, die Regelung jedoch nur für die Ambulatorien gelte. Ebenso hat der Gerichtshof — ohne in Frage zu stellen, dass eine Beschränkung der Fernsehwerbung für medizinisch-chirurgische Erzeugnisse aus Gründen der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt sein könne — die konkret in der Rechtssache Corporación Dermoestética streitige Regelung für ungerechtfertigt erklärt, da sie nur für nationale, nicht aber für lokale Fernsehsender galt. [37] Im Gegensatz hierzu hat der Gerichtshof bei der Entscheidung, dass deutsche Regelungen gerechtfertigt seien, wonach sich Apotheken im Besitz von Apothekern befinden müssen bzw. Krankenhäuser Arzneimittel nur von örtlichen Apotheken beziehen dürfen, vor allem auf die festgestellte Einheitlichkeit und Kohärenz der Vorschriften abgestellt. [38]

23. In anderen sensiblen Bereichen ist der Gerichtshof in gleicher Weise vorgegangen. So hat er z. B. in Bezug auf Glücksspiele entschieden, dass eine bestimmte strenge Begrenzung der Anzahl der von einem Staat erteilten Konzessionen zur Veranstaltung von Glücksspielen nur dann gerechtfertigt sei, wenn sie einheitlich und kohärent im Hinblick auf das geltend gemachte Ziel gehandhabt werde, kriminelles und betrügerisches Verhalten einzudämmen, indem die Spieler zur Nutzung konzessionierter Stellen bewegt würden. [39] Die Regelung erfülle diese Voraussetzung allerdings nicht, wenn die Anzahl der Konzessionen so niedrig sei, dass die zugelassenen Betreiber keine attraktive Alternative zu den nichtkonzessionierten Betreibern darstellten. [40]

24. Es ist also zu prüfen, inwieweit die Regelung die Ziele, die der Mitgliedstaat zu ihrer Rechtfertigung geltend macht, tatsächlich in einer einheitlichen und kohärenten Weise fördert. Im vorliegenden Fall werden hauptsächlich zwei Rechtfertigungsgründe für die Beschränkungen angegeben. Erstens werde durch eine Beschränkung des Marktzugangs die Qualität der angebotenen pharmazeutischen Versorgung gewährleistet. Zweitens

37 — Urteil vom 17. Juli 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, Slg. 2008, I-5785, Randnrn. 37 bis 39).

38 — Urteile Kommission/Deutschland vom 11. September 2008, Randnrn. 51 bis 57, und Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 41 bis 50.

39 — Urteil Placanica, Randnr. 55.

40 — Ebd., Randnr. 55.

gewährleisteten an Bevölkerungszahl und Standort anknüpfende Beschränkungen universalen Zugang zu Apotheken, da die Apotheker gezwungen würden, sich über das gesamte Gebiet zu verteilen. Ich werde diese beiden Argumente nacheinander prüfen.

a) Qualität der pharmazeutischen Versorgung

25. Das erste Argument, das im Mittelpunkt der Diskussion in den vor Kurzem entschiedenen Rechtssachen Apothekerkammer des Saarlandes u. a. und Kommission/Italien [41] stand, bei denen es um deutsche und italienische Regelungen ging, wonach Apotheken von Apothekern betrieben werden müssen, spielt im vorliegenden Fall keine so bedeutende Rolle. Es wird jedoch von einigen Verfahrensbeteiligten angeführt und betrifft offenbar die Gefahr, dass ein verstärkter Wettbewerb zwischen Apotheken dazu führen könnte, dass Apotheker bei ihrer Tätigkeit, um es mit einer bekannten Redensart zu sagen, fünfe gerade sein lassen.

26. Vorab möchte ich feststellen, dass die Beweislast dafür, dass die Maßnahme zur Gewährleistung einer qualitativ höherwertigen Versorgung angemessen und erforderlich ist, dem Staat obliegt. [42] Von Shakespeares Drama einmal abgesehen scheint es keine dokumentierte Grundlage für die Annahme zu geben, dass ein intensiverer Wettbewerb die Apotheker veranlasst, die Qualität ihrer Leistungen zu verringern. Insoweit muss auffallen, dass die Begründungen einiger Verfahrensbeteiligter und Mitgliedstaaten in weiten Teilen eine gewisse Widersprüchlichkeit aufweisen. Einerseits werden Apotheker als so vorwiegend profitorientiert dargestellt, dass sie sämtlich bestrebt seien, nur in Gebieten mit hoher Bevölkerungsdichte zu arbeiten, und in einer Wettbewerbssituation bereit seien, den Gewinn über ihre beruflichen Pflichten zu stellen. Andererseits wiederum wird davon ausgegangen, dass sich Apotheker, soweit sie sich in einer „Monopolstellung“ in bevölkerungsreichen Gebieten befinden, bei ihrer geschäftlichen Tätigkeit von ihren beruflichen Pflichten leiten ließen und dass sie sich vorrangig der hochwertigen pharmazeutischen Versorgung widmeten. Nach der Argumentation verschiedener Verfahrensbeteiligter wandelt sich Paulus durch den Wettbewerb zum Saulus.

27. Außerdem ist daran zu erinnern, dass sich das Wesen der pharmazeutischen Versorgung erheblich gewandelt hat: Früher stellte der Apotheker die Arzneimittel selbst zusammen. Heute gibt der Apotheker lediglich Arzneimittel ab, die andernorts zusammengestellt worden sind und die strengen

41 — Urteil vom 19. Mai 2009, Kommission/Italien (C-531/06, Slg. 2009, I-4103).

42 — Urteil Deutscher Apothekerverband, Randnr. 123.

rechtlichen Anforderungen beispielsweise hinsichtlich der Voraussetzungen unterliegen, unter denen ein Medikament ohne ärztliche Verordnung abgegeben werden darf. Der Gerichtshof selbst hat dies anerkannt, indem er den Verkauf nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel über das Internet zugelassen hat. [43] Demnach hat der Mitgliedstaat meines Erachtens nicht dargetan, dass eine Begrenzung des Wettbewerbs zur Erreichung des Ziels einer qualitativ hochwertigen pharmazeutischen Versorgung erforderlich ist oder dazu in einem angemessenen Verhältnis steht.

28. Zu beachten ist, dass der Gerichtshof vor Kurzem in den Rechtssachen Apothekerkammer des Saarlandes u. a. und Kommission/Italien, in denen es um nationale Regelungen ging, wonach die Inhaberschaft von Apotheken Apothekern vorbehalten ist, entschieden hat, dass die Notwendigkeit, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, Beschränkungen beim Zugang zum Besitz einer Apotheke rechtfertigen könne. [44] Entscheidend war in den genannten Fällen jedoch die Berufsausbildung, Erfahrung und Verantwortung der Apotheker, die nach Auffassung des Gerichtshofs dazu führen kann, dass das Gewinnstreben der Apotheker durch andere berufliche Faktoren gemäßigt werde. [45] Im Übrigen hat der Gerichtshof diese Beschränkung in der konkreten Annahme zugelassen, dass Apotheker über tatsächliche berufliche Unabhängigkeit verfügten. [46] Diese Unabhängigkeit resultiere aus ihren beruflichen Pflichten und aus dem Umstand, dass sie nicht in Herstellung und Vertrieb der in ihren Apotheken verkauften Produkte eingebunden seien [47], so dass sie eher als Nichtapotheker in der Lage seien, sich dem Druck zu widersetzen, einen übermäßigen Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern, und daher gewährleistet sei, dass die fragliche Beschränkung tatsächlich dem betreffenden Ziel, nämlich dem Schutz der öffentlichen Gesundheit, diene.

29. Diese Überlegung spricht auch gegen eine Vereinbarkeit der asturischen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht. Da die Apotheker in Asturien nicht nur aufgrund der Rechtsvorschriften, sondern auch aufgrund ihrer beruflichen Pflichten ein bestimmtes Leistungsniveau anbieten müssen, dürfte es kaum Anlass zu der Befürchtung geben, dass der Wettbewerb eine Reduzierung ihrer Leistungen entgegen ihren rechtlichen und ethischen Pflichten bewirkt. Wenn es zusätzlicher Vorkehrungsmaßnahmen bedürfte, um Apotheker zur Erfüllung ihrer Berufspflichten anzuhalten, hätte der Gerichtshof in den Urteilen Apothekerkammer des

43 — Urteil Deutscher Apothekerverband.

44 — Urteile Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnrn. 28 und 39, und Kommission/Italien vom 19. Mai 2009, Randnr. 52.

45 — Ebd., Randnrn. 37 bis 39.

46 — Urteil Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnrn. 33 bis 37.

47 — Diese fehlende Einbindung in Herstellung und Großhandelsvertrieb pharmazeutischer Produkte ist meines Erachtens unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs auch der entscheidende Grund dafür, dass der Gerichtshof die Regelungen, wonach die Möglichkeit des Apothekenbesitzes Apothekern vorbehalten ist, zugelassen hat. Vgl. Randnr. 40, in der der Gerichtshof ausführt, dass Apothekern, die bei Herstellern und Großhändlern pharmazeutischer Produkte angestellt seien, möglicherweise die erforderliche Unabhängigkeit abgesprochen werden könne. Folglich kann das sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebende Erfordernis der Kohärenz und Einheitlichkeit nur dann als durch diese Regelungen erfüllt angesehen werden, wenn eine solche Unabhängigkeit der Apotheker von Herstellung und Großhandelsvertrieb pharmazeutischer Produkte garantiert ist.

Saarlandes u. a. und Kommission/Italien nicht zu dem Ergebnis gelangen können, dass das Erfordernis, dass der Inhaber einer Apotheke ein Apotheker sein muss, zur Erreichung des Ziels einer qualitativ hochwertigen Versorgung angemessen ist.

b) Sicherstellung einer breiten und ausgewogenen geografischen Verteilung von Apotheken

30. Das überzeugendere Argument derjenigen Verfahrensbeteiligten, die das Dekret für rechtmäßig halten, betrifft die Notwendigkeit, eine breite und ausgewogene geografische Verteilung von Apotheken sicherzustellen. Mit anderen Worten, es soll so weit wie möglich eine universale pharmazeutische Versorgung der Bevölkerung gewährleistet werden. Zu unterscheiden ist zwischen den beiden Kriterien, die zur Erreichung dieses Ziels aufgestellt worden sind: dem Erfordernis betreffend die Bevölkerungszahl und demjenigen betreffend die Mindestentfernung zwischen den Apotheken. Beide Erfordernisse müssen daraufhin geprüft werden, ob sie zur Erreichung des Ziels der geografischen Verteilung geeignet sind und ob sie nicht über das zur Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinausgehen.

31. Auf eine Höchstbevölkerungszahl bezogene Erfordernisse können grundsätzlich zur Erreichung des Ziels einer geografisch breiten Verteilung von Apotheken geeignet sein. Durch Begrenzung der Möglichkeit, Apotheken in gewinnträchtigeren städtischen Gebieten zu eröffnen, werden die Apotheker veranlasst, sich nach Alternativen umzusehen. Allerdings tritt dieser Effekt nicht automatisch ein. Wenn nämlich die Eröffnung einer Apotheke in dünn besiedelten Gebieten an sich schon profitabel wäre, käme es hierzu aller Wahrscheinlichkeit nach auch ohne geografische Beschränkungen. Tatsächlich würde die Zahl der Eröffnungen direkt proportional umso stärker steigen, je ungehinderter eine Apotheke eröffnet werden kann und je stärker der Konkurrenzkampf um Marktanteile in dicht besiedelten Gebieten ist. Wenn hingegen — wie einige Verfahrensbeteiligte geltend machen — das Problem darin bestünde, dass in Gebieten mit niedriger Bevölkerungszahl auch die Gewinnwahrscheinlichkeit niedrig ist, wäre damit zu rechnen, dass ohnehin niemand an der Eröffnung einer Apotheke in solchen Gebieten interessiert ist. Warum sollte sich jemand einer verlustbringenden Tätigkeit zuwenden, nur weil er keinen Zugang zu einer gewinnbringenden Tätigkeit hat? Die bloße Beschränkung von Niederlassungen in stärker besiedelten Gebieten würde dem Erfordernis der Einheitlichkeit und Kohärenz zur Erreichung des geltend gemachten öffentlichen Ziels nicht gerecht. Die Regelung als Ganzes ist nur sinnvoll, wenn die Maßnahmen zur Beschränkung von Niederlassungen in Gebieten mit hoher Bevölkerungsdichte mit Maßnahmen einhergehen, die diejenigen begünstigen, die bisher in Gebieten mit geringer Bevölkerungsdichte tätig waren. Durch die Bevorzugung von Pharmazeuten, die

zuvor Apotheken in Gebieten mit weniger als 2 800 Einwohnern betrieben haben, schafft das Dekret für Pharmazeuten, die andernfalls keine Apotheke besäßen, einen Anreiz, sich in dünn bevölkerten Gebieten niederzulassen und damit ihre Chance zu erhöhen, zu einem späteren Zeitpunkt eine Zulassung zum Betrieb einer Apotheke in einem Gebiet mit höherer Bevölkerungsdichte zu erlangen (die aufgrund der Beschränkungen einen höheren Gewinn abwirft). Es ist plausibel, dass die Aussicht, eines Tages eine Apotheke in einem dicht besiedelten Gebiet betreiben zu dürfen, während andere an der Eröffnung einer konkurrierenden Apotheke gehindert sind, Apotheker in der Tat dazu bewegen mag, eine Zeit lang in dünn besiedelten Gebieten tätig zu sein. Wie einige die derzeitige Regelung befürwortende Verfahrensbeteiligte in der mündlichen Verhandlung eingeräumt haben, ist es gerade die Aussicht auf eine zukünftige Monopolstellung in einem dicht besiedelten Gebiet, die die Bereitschaft der Apotheker weckt, sich zunächst in Gebieten mit geringerer Bevölkerungsdichte niederzulassen. Dies funktioniert aber nur dann, wenn die Tätigkeit in solchen dünn besiedelten Gebieten tatsächlich eine Vorrangstellung bei der Zuteilung von Zulassungen für dicht besiedelte Gebiete verschafft.

32. Wie oben dargestellt, bedarf es einer näheren Prüfung der Einheitlichkeit und Kohärenz des Dekrets, um sicherzugehen, dass es tatsächlich das genannte Ziel fördert und nicht das Ergebnis einer Vereinnahmung durch etablierte Apotheker ist.[48] Insoweit sind zwei Elemente des Dekrets bedenklich. Erstens müsste die Regelung diejenigen, die Apotheken in unterversorgten Gebieten eröffnen, besser stellen als diejenigen, die einfach nur auf eine Chance in einem lukrativen Gebiet warten. Nach Nr. 7 des Anhangs genießen jedoch Pharmazeuten, die noch nicht Inhaber einer Apotheke waren, Vorrang vor Pharmazeuten, die Inhaber von Apotheken in Bezirken mit weniger als 2 800 Einwohnern waren. Des Weiteren wird einem Apotheker, der eine Apotheke in einem unterversorgten Gebiet eröffnet hat, nach Nr. 4 des Anhangs seine vorherige Berufserfahrung nicht mehr angerechnet, wenn er sich um die Eröffnung einer anderen Apotheke bemüht. Die Folgen dieser Bestimmungen werden in gewisser Weise durch Nr. 1 Buchst. a des Anhangs gemildert, wonach für die Tätigkeit in einem unterversorgten Gebiet eine höhere Punktezahl vergeben wird. Sie sind aber dennoch im Hinblick auf die Einheitlichkeit und Kohärenz der Regelung bedenklich.

33. Zweitens ist für die Feststellung, dass die Regelung tatsächlich dem Ziel der flächendeckenden Versorgung dient, zu verlangen, dass die Zulassungen in Gebieten mit hoher Bevölkerungsdichte, die frei werden, wenn die dortigen Inhaber den Betrieb ihrer Apotheke einstellen wollen, denjenigen zur Verfügung gestellt werden, die in dünn besiedelten Gebieten tätig waren. Eine Regelung, aufgrund deren die Zulassung zum Betrieb einer Apotheke in dicht besiedelten Gebieten zu einem Vermögenswert des Zulassungsinhabers wird und die es ihm ermöglicht, diese Zulassung an eine

48 — Urteile vom 7. Dezember 2000, Telaustria und Telefonadress (C-324/98, Slg. 2000, I-10745), vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, Slg. 2005, I-7287), vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Slg. 2005, I-8585), vom 6. April 2006, ANAV (C-410/04, Slg. 2006, I-3303), vom 13. September 2007, Kommission/Italien (C-260/04, Slg. 2007, I-7083), und vom 17. Juli 2008, ASM Brescia (C-347/06, Slg. 2008, I-5641).

Person seiner Wahl zu veräußern oder zu übertragen, führt zu einer Begrenzung der Anzahl der Zulassungen, die denjenigen zur Verfügung stehen, die in dünn besiedelten Gebieten „ihre Zeit abgesessen" haben. Wer sich von einer Apotheke in einem Gebiet mit geringer Bevölkerungsdichte zu einer Apotheke in einem Gebiet mit hoher Bevölkerungsdichte verändern will, müsste für die entsprechende Zulassung ein Entgelt zahlen, das zudem noch dadurch in die Höhe getrieben wird, dass eine solche Apotheke aufgrund der beschränkten Möglichkeiten zur Eröffnung konkurrierender Apotheken zusätzlichen Gewinn abzuwerfen vermag. [49] Eine solche Regelung würde den Anreizmechanismus schwächen, der der Lösung zugrunde liegen soll, in deren Rahmen die Eröffnung von Apotheken begrenzt wird, um die Eröffnung von Apotheken in dünn besiedelten Gebieten zu fördern. Außerdem würde eine solche Regelung zu einer Bereicherung einzelner Apotheker infolge der Beschränkung des Wettbewerbs in der Apothekenbranche führen — d. h. genau zu der Art von Regelungsvereinnahmung, die mithilfe der durch den Vertrag garantierten Freiheiten bekämpft werden soll. Beschränkungen des Niederlassungsrechts müssen durch Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein und dürfen kein Instrument zur individuellen Bereicherung sein.

34. Was die Frage anlangt, ob das an die Bevölkerungszahl anknüpfende Erfordernis über das Erforderliche hinausginge, wenn es zweckmäßiger ausgestaltet wäre, um lukrative städtische Monopole für Wirtschaftsteilnehmer aus ländlichen Gebieten verfügbar zu machen, stelle ich fest, dass die Verfahrensbeteiligten keine eindeutig vorzuziehenden anderen Regelungen vorgeschlagen haben. Die Kommission trägt vor, Asturien hätte statt einer Höchstzahl von Apotheken eine Mindestzahl von Apotheken pro Person vorschreiben und die Eröffnung aller neuen Apotheken so lange stoppen sollen, bis diese Mindestzahl erreicht wäre. Durch eine solche Regelung würde jedoch ein Kollektivhandlungsproblem geschaffen. Der einzelne Apotheker hätte keinen Anreiz, eine Apotheke in einem weniger lukrativen ländlichen Gebiet zu eröffnen. Insofern scheint der Vorschlag kaum geeignet, die Zahl der Apotheken in dünn besiedelten Gebieten erheblich zu erhöhen. Die Kommission verweist auf Navarra, wo ein solcher Plan vorübergehend durchgeführt worden sei. Da der Plan in Navarra jedoch dahin geändert wurde, dass eine Höchstzahl von Apotheken vorgesehen wurde, und da mehrere der kleinsten Gemeinschaften in Navarra ihre Apotheken im Rahmen der Plandurchführung verloren haben, kann ich nicht feststellen, dass Asturien durch die Nichtübernahme eines solchen

49 — In der mündlichen Verhandlung wurde darauf hingewiesen, dass einige Personen extrem hohe Preise für Zulassungen zum Betrieb von Apotheken in dicht besiedelten Gebieten gezahlt hätten. Der Umstand, dass für diese Zulassungen dermaßen hohe Entgelte verlangt werden können, deutet darauf hin, dass eine Regelung, die zu Beginn durchaus als Mittel zur Gewährleistung einer geografisch ausgewogenen pharmazeutischen Versorgung gedient haben mag, einen reinen Wirtschaftsmarkt geschaffen hat und sich damit in gewisser Weise von ihrem ursprünglichen Ziel entfernt hat. Es liegt auf der Hand, dass die Liberalisierung einer solchen Regelung sich negativ auf diejenigen auswirkt, die erhebliche Summen für Zulassungen bezahlt haben, deren Wert durch die Beschränkungsmaßnahmen der asturischen Behörden in die Höhe getrieben wurde. Dass eine Liberalisierung, die eintritt, wenn aufgrund des Gemeinschaftsrechts Beschränkungen der Grundfreiheiten aufgehoben werden, sich negativ auf die zuvor durch die Beschränkung Begünstigten auswirken kann, ist jedoch nichts Neues. So hat der Gerichtshof z. B. im Urteil Centro Europa 7 entschieden, dass es einem Rundfunkveranstalter gemeinschaftsrechtlich erlaubt sein müsse, Frequenzen, die ihm im Rahmen einer innerstaatlichen Konzessionsregelung zugeteilt worden seien, trotz der Folgen zu nutzen, die dies für die Belange der „tatsächlichen Inhaber" der Frequenzen habe (vgl. Randnrn. 40 und 108 bis 116 des Urteils). Ob in solchen Fällen diejenigen, die auf dem betreffenden Markt investiert haben und dabei von bestimmten Erwartungen hinsichtlich der Regelung des Marktes ausgegangen sind, einen Anspruch gegen den Staat geltend machen können, ist eine klassische Frage des innerstaatlichen Rechts, der der Gerichtshof indes nicht nachzugehen braucht.

Modells seinen Wertungsspielraum überschritten hätte.

35. Des Weiteren ist vorgetragen worden, dass in anderen Mitgliedstaaten ein vollständig liberalisiertes Modell gut funktioniert habe. [50] Allerdings ist dies zwischen den Verfahrensbeteiligten äußerst streitig, und es sind hierzu, wie oben erwähnt, einander widersprechende Beweise vorgelegt worden. In einem solchen Kontext hätte ich argumentiert, dass eine Regelung, wonach die Eröffnung neuer Apotheken in dichter besiedelten Gebieten begrenzt wird, um Eröffnungen in dünner besiedelten Gegenden zu fördern, gerechtfertigt wäre, wenn sie einheitlich und kohärent ausgestaltet wird. Aus den oben dargelegten Gründen trifft dies jedoch auf eine Regelung wie die in Asturien geltende nicht zu.

36. Was das geografische Erfordernis betrifft, dass eine Apotheke nicht innerhalb einer Entfernung von 250 Metern von einer anderen Apotheke oder einer öffentlichen Klinik eröffnet werden darf, ist zunächst zu prüfen, ob dieses Erfordernis zur Erreichung des Ziels einer Verteilung von Apotheken über das gesamte Gebiet geeignet ist. Erstens fördert diese Maßnahme ersichtlich eine solche Verteilung, da sie sicherstellt, dass sich Apotheken nicht in kleinen zentralen Wirtschaftszentren oder in der Nähe von Gesundheitszentren zusammenballen, während andere Gebiete ohne Apotheke bleiben. Diese Maßnahme ist jedoch nicht vollkommen kohärent ausgestaltet, da es keine Mindestentfernungsvorschriften für Apothekenbezirke mit nur einer Apotheke gibt [51]. Diese Ausnahme stellt die Eignung der Regelung jedoch nicht in Frage, da das Problem einer Ballung bei nur einer Apotheke nicht auftritt. Im Übrigen erscheint es vernünftig, anzuerkennen, dass in derart kleinen Bezirken das Wirtschaftsaufkommen zu gering ist, um eine Ausbreitung von Apotheken auf andere Weise zu ermöglichen.

37. Der zweite Rechtfertigungsgrund lautet, dass sich aufgrund dieses Erfordernisses der Gewinn erhöhe, der sich mit dem Betrieb einer Apotheke in einem städtischen Gebiet erzielen lasse, und damit auch der Anreiz für Apotheker, sich in einem unterversorgten Gebiet niederzulassen, um schließlich eine Betriebszulassung in einem dicht besiedelten Gebiet zu erhalten. Hinsichtlich dieses Ziels scheint das Erfordernis kohärent und einheitlich angewandt worden zu sein. Die Verfahrensbeteiligten haben keine Beweise dafür vorgelegt, dass in jüngster Zeit Ausnahmen

50 — Vgl. die Erklärungen von Blanco Pérez, Chao Gómez und Plataforma para la libre apertura de farmacias, S. 38 (spanische Fassung); vgl. auch die schriftlichen Erklärungen der Kommission, S. 27 f. (spanische Fassung).

51 — Art. 4 Abs. 2.

gewährt worden wären, die den angegebenen Zweck der Regelung in Frage stellen könnten.

38. Schwieriger zu beantworten ist hingegen die Frage, ob die festgesetzte konkrete Entfernung von 250 Metern über das zur Erreichung des Ziels Erforderliche hinausgeht. Einige Verfahrensbeteiligte machen geltend, diese Entfernungsangabe sei überholt und der heutzutage in zahlreichen Gebieten anzutreffenden höheren Bevölkerungsdichte nicht mehr angemessen. Möglicherweise begünstigt diese Vorschrift auch einige wenige seit Langem etablierte Apotheken in guter Lage zulasten anderer städtischer Apotheken und drückt damit den potenziellen zukünftigen Gewinn der meisten Personen, die sich dazu entschließen, eine Zeit lang als Pharmazeut in dünn besiedelten Gebieten tätig zu werden. Die Bewertung dieses Erfordernisses hängt von vielen Faktoren wie Bevölkerungsdichte und Bevölkerungsverteilung in einer Gemeinschaft ab, und dem Gerichtshof liegen insoweit nicht genügend Anhaltspunkte vor, um diese Frage entscheiden zu können. Es ist Sache des nationalen Gerichts, diese Frage aufgrund seiner größeren Kenntnis der Gegebenheiten in Asturien zu beurteilen, wobei es den Umfang der Beeinträchtigung des Niederlassungsrechts, die Natur des geltend gemachten Allgemeininteresses sowie die Möglichkeit zu berücksichtigen hat, inwieweit angesichts der Anzahl und der Verteilung der Apotheken in Asturien sowie der Bevölkerungsverteilung eine flächendeckende Versorgung auch durch ein weniger einschneidendes Mittel erreicht werden könnte.

III — Ergebnis

39. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

„— Art. 43 EG steht einer innerstaatlichen Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegen, wonach für die Einrichtung einer neuen Apotheke eine Erlaubnis erforderlich ist und diejenigen Personen bevorzugt werden, die zuvor in einem Teil des Hoheitsgebiets des betreffenden Mitgliedstaats tätig waren.

— Art. 43 EG steht einer innerstaatlichen Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegen, wonach die Erlaubnis für die Einrichtung einer neuen Apotheke von der Erfüllung eines an die Bevölkerungszahl anknüpfenden Erfordernisses abhängt und die das Ziel verfolgt, die Einrichtung von Apotheken in schwächer besiedelten Gebieten zu fördern, wenn dieses Ziel nicht einheitlich und kohärent verfolgt wird, namentlich, wenn diese Regelung diejenigen, die Apotheken in unterversorgten Gebieten eröffnen, nicht eindeutig besserstellt als diejenigen, die einfach nur auf eine Chance in einem lukrativen Gebiet warten, und wenn aufgrund der Regelung pharmazeutische Zulassungen zu einem Vermögenswert werden, so dass die Wirksamkeit der Anreizregelung in Frage gestellt wird.

— Hinsichtlich des Erfordernisses einer Mindestentfernung zwischen den Apotheken ist es Sache des nationalen Gerichts, zu entscheiden, ob die konkret festgelegte Entfernung gerechtfertigt ist, wobei es den Umfang der Beeinträchtigung des Niederlassungsrechts, die Natur des geltend gemachten Allgemeininteresses sowie die Möglichkeit zu berücksichtigen hat, inwieweit angesichts der Anzahl und der Verteilung der Apotheken in der Region sowie der Bevölkerungsverteilung und -dichte eine flächendeckende Versorgung auch durch ein weniger einschneidendes Mittel erreicht werden könnte."