

Chris Thomale*

Das Fremdbesitzverbot des ApoG vor dem EuGH

– Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 19.5.2009 –
Rs. C-172/07 (Doc Morris) –

Abstract

Das deutsche Apothekenrecht sieht in den §§ 1 III, 2 I, 7, 8 ApoG vor, dass Rechtsträger und Leiter einer Apotheke personenidentisch sein müssen. Damit will der Gesetzgeber die Volksgesundheit schützen, indem er das Apothekenwesen von gewinnorientierten Investitionsgeschäften fern hält. Kapitalgesellschaften dürfen deshalb keine Apotheke betreiben oder sich an einer solchen beteiligen. Dennoch hatte auf Begehren der niederländischen Versandapotheke Doc Morris das saarländische Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales die Erlaubnis zum Betreiben einer Filiale erteilt, weil die deutsche Regelung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 43, 48 EG widerspreche. Hiergegen wendeten sich im Saarland niedergelassene Apotheker. Das angerufene Verwaltungsgericht des Saarlandes legte dem *EuGH* zwei Rechtsfragen zur Vorabentscheidung nach Art. 234 EG vor: Erstens war zu klären, ob das Fremdbesitzverbot der Niederlassungsfreiheit widerspricht. Im Bejahensfall wollte das *VG* zweitens wissen, ob eine nationale Behörde auch dann, wenn ein nationales Gesetz nicht offensichtlich dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, gehalten ist, das Gesetz unangewendet zu lassen. Der *EuGH* hat entschieden, dass das Fremdbesitzverbot mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist. Zwar werde der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit auch durch das nicht diskriminierende Fremdbesitzverbot berührt, dies sei aber durch den Schutz der Volksgesundheit als zwingender Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Nach einer kurzen Wiedergabe der Prozessgeschichte setzt sich der vorliegende Beitrag mit Ergebnis und Begründung des Urteils auseinander. Hinsichtlich der unbeantwortet gebliebenen zweiten Vorlagefrage vertritt er die Ansicht, dass Behörden generell dazu verpflichtet sind, den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts auch gegen nationale Parlamentsgesetzgebung durchzusetzen.

* Der Verfasser ist Lehrbeauftragter und Examenstutoriumsleiter an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

I. Prozessgeschichte

Die Auseinandersetzung „Doc Morris“ beginnt mit dem Antrag der niederländischen Kapitalgesellschaft Doc Morris NV beim saarländische Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke im Sinne des § 1 Apothekengesetz (ApoG). Eine solche Erlaubnis widerspricht dem in §§ 1 III, 2 I, 7, 8 ApoG niedergelegten Fremdbesitzverbot, welches im Interesse der Volksgesundheit statuiert, dass nur derjenige eine Apotheke betreiben oder sich an ihr beteiligen kann, der sie auch selbst leitet. Gesetzliches Paradigma ist der selbständige und damit unabhängige „Apotheker in seiner Apotheke“, der in erster Linie dem öffentlichen Gesundheitsschutz verpflichtet ist.¹ Über das gesetzliche Fremdbesitzverbot setzte sich das Ministerium am 29.6.2006 hinweg und gewährte die Erlaubnis mit Verweis auf die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit von Doc Morris. Dagegen erhoben die Apothekerkammer des Saarlands, der Deutsche Apothekerverband und drei ortsansässige Apotheker² vor dem Verwaltungsgericht des Saarlands erstens Drittanfechtungsklage und beantragten zweitens zugleich einstweiligen Rechtsschutz.

Das Verfahren über den einstweiligen Rechtsschutz wurde am 22.1.2007 vom OVG Saarlouis³ zugunsten von Doc Morris entschieden. Das OVG hob die zuvor ergangene Entscheidung des VG⁴ über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Drittanfechtungsklage nach §§ 80a III 2, 80 IV VwGO auf und erklärte die Erlaubnis für sofort vollziehbar. Diese Divergenz beruhte auf verschiedenen Rechtsansichten: Während das VG meinte, an der Beachtung des ApoG bestehe „jedenfalls solange ein erhebliches öffentliches Interesse – im Interesse der Volksgesundheit –, bis die Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit der nationalen Rechtsvorschriften mit der Europäischen Niederlassungsfreiheit im Hauptsacheverfahren geklärt ist“,⁵ trat das OVG in eine umfassende Prüfung des Gemeinschaftsrechts ein und kam dabei in Übereinstimmung mit einem Gutachten von *Streinz*⁶ zum Ergebnis, dass das Fremdbesitzverbot nicht mit der Niederlassungsfreiheit zu vereinbaren sei.

Am 20.3.2007 legte das VG im Hauptsacheverfahren dem *EuGH* zwei Fragen zur Vorabentscheidung vor:⁷

1 BVerfGE 17, 232 (240, 242).

2 Beide Gerichte erachteten lediglich die Apotheker als klagebefugt im Sinne des § 42 II VwGO, weil sie sich nach Auffassung der Gerichte auf einen grundrechtlichen Konkurrentenschutz aus Art. 12 I, 3 I GG berufen konnten. Zu dieser diskussionswürdigen Ansicht siehe: *Semmroth*, NVwZ 2006, 1378 (1379 f.); *Diekmann/Reinhardt*, WRP 2007, 407 (409); *Schmidt am Busch*, JA 2008, 715 (717).

3 Beschluss des OVG Saarlouis vom 22.01.2007, Az. 3 W 14/06.

4 Beschluss des VG des Saarlandes vom 12.09.2006, Az. 3 F 38/06.

5 *Ebd.*

6 Vgl. *Streinz/Herrmann*, EuZW 2006, 455 ff.

7 Beschluss des VG des Saarlandes vom 20.3.2007, Az. 3 K 361/06.

1. Sind die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften (Art. 43, 48 EG) so auszulegen, dass sie einem Fremdbesitzverbot für Apotheken, wie es in § 2 I Nrn. 1 bis 4 und 7, § 7 Satz 1 und § 8 Satz 1 ApoG geregelt ist, entgegenstehen?
2. Für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird:
Ist eine nationale Behörde aufgrund des Gemeinschaftsrechts, insbesondere im Hinblick auf Art. 10 EG und den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts berechtigt und verpflichtet, die von ihr für gemeinschaftswidrig erachteten nationalen Vorschriften nicht anzuwenden, auch wenn es sich nicht um einen evidenten Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht handelt und eine Unvereinbarkeit der betreffenden Vorschriften gegen das Gemeinschaftsrecht vom Gerichtshof nicht festgestellt worden ist?

In seinem Urteil vom 19.5.2009 hat der *EuGH* die erste Frage verneint und deshalb die zweite Frage nicht beantwortet.

II. Die erste Frage: Niederlassungsfreiheit vs. Fremdbesitzverbot

1. Die Argumentation des *EuGH*

Der *EuGH* prüft das Fremdbesitzverbot des ApoG am Maßstab der Art. 43, 48 EG. Dazu stellt er zunächst fest, dass die Frage nicht durch spezielles Sekundärrecht in Gestalt der Richtlinie 2005/36/EG⁸ geregelt ist.⁹ Sodann bejaht er eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch das Fremdbesitzverbot des ApoG.¹⁰ Weil diese Beschränkung unterschiedslos sowohl auf Inländer als auch auf EG-Ausländer anwendbar sei, könne sie durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, wozu auch der vom ApoG bezweckte „Schutz der Gesundheit der Bevölkerung“ gehöre.¹¹ Dies setze aber voraus, dass das Fremdbesitzverbot zum Erhalt der Volksgesundheit geeignet und erforderlich sei und somit die Niederlassungsfreiheit nicht unverhältnismäßig einschränke. Hier liegt der Schwerpunkt der Entscheidung.

a) Geeignetheit

Zunächst betont der *EuGH*, dass nach Art. 152 V EG die Mitgliedstaaten voll für die medizinische Versorgung und die Organisation ihres Gesundheitswesens verantwortlich seien. Unter den vom Vertrag geschützten Gütern und Interessen nähmen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang ein. Deshalb sei es

8 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

9 Rs. C-172/07, Rnn. 18, 20.

10 Rs. C-172/07, Rnn. 22–24.

11 Rs. C-172/07, Rn. 27.

„Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da sich dieses Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedstaaten ein Wertungsspielraum zuzuerkennen.¹² [...] Außerdem kann der Mitgliedstaat diejenigen Maßnahmen treffen, die eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, wozu im Einzelnen eine Gefahr für die sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gehört, weitestmöglich verringern.“¹³

Dem Mitgliedstaat wird somit eine weitgehende Einschätzungsprärogative zuerkannt.¹⁴ Hinzu komme die besondere Bedeutung von Arzneimitteln im Gegensatz zu anderen Waren.¹⁵ Nachlässigkeiten in diesem Sektor brächten so einschneidende Folgen sowohl für die Volksgesundheit als auch für die sozialen Sicherungssysteme mit sich, dass es den Mitgliedstaaten frei stehe, strenge Anforderungen insbesondere auch an die berufliche Unabhängigkeit von Apothekern zu stellen.¹⁶ Es sei vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden, dass das ApoG einen selbständigen Apotheker wegen seiner „Ausbildung, Erfahrung und Verantwortung“, aber auch deswegen, weil bei einem etwaigen Fehlverhalten nicht nur seine Investition, sondern seine gesamte berufliche Existenz auf dem Spiel steht, für einflussresistenter und weniger an Gewinnmaximierung ausgerichtet halte als einen äußeren Kapitalgeber, der die Apotheke lediglich als Geschäft betrachte.¹⁷ Ein solcher Betreiber könnte etwa „dazu anhalten, Arzneimittel zu verkaufen, deren Bevorratung nicht mehr einträglich ist, oder [...] Betriebskostenkürzungen vornehmen, die geeignet wären, die Modalitäten des Einzelhandelsvertriebs der Arzneimittel zu beeinträchtigen.“¹⁸

Schließlich unterzieht der *EuGH* das Fremdbesitzverbot einer Kohärenzprüfung. Dieses sei nur dann geeignet, wenn es im ApoG auch „in kohärenter und systematischer Weise“ durchgehalten werde.¹⁹ Bedenken erregen hierbei *erstens* §§ 1 II, 2 IV, V ApoG, denzufolge ein Apotheker bis zu vier Apotheken zugleich im engen räumlichen Umkreis betreiben kann,²⁰ zweitens § 13 ApoG, der einer Erbengemeinschaft für 12 Monate ab Erbfall erlaubt, die Apotheke fremdverwalten zu lassen und *drittens* § 14 ApoG, der dem Betreiber eines Krankenhauses gestattet, zugleich eine Apotheke zu betreiben. Alle diese Ausnahmen tragen jedoch dem *EuGH* zufolge besonderen Interessenlagen Rechnung und mindern die Kohärenz des durch das

12 Rs. C-172/07, Rn. 19.

13 Rs. C-172/07, Rn. 30.

14 Dafür auch: *Martini*, DVBl. 2007, 10 (13) m. w. N. in Fnn. 29 f.

15 Rs. C-172/07, Rn. 31. Hierin liegt wohl bereits ein stillschweigender Hinweis auf die griechische Optiker-Entscheidung des *EuGH* aus dem Jahre 2005, Rs. C-140/03 – vgl. auch Rnn. 59 f. Dazu siehe unten *sub II. 2.*

16 Rs. C-172/07, Rnn. 31–35.

17 Rs. C-172/07, Rnn. 37–40.

18 Rs. C-172/07, Rn. 40.

19 Rs. C-172/07, Rn. 42.

20 Neuregelung durch das Gesetz zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung vom 19.11.2003, BGBl. 2003 I, 2190.

Fremdbesitzverbot bezweckten Gesundheitsschutzes auch deshalb nicht, weil sie räumlich, zeitlich und sachlich eng begrenzt sind.²¹

b) Erforderlichkeit

Auch hinsichtlich der Erforderlichkeit betont der *EuGH* zunächst den weiten Beurteilungsspielraum des Mitgliedstaats. Dessen Einschätzung, dass mildere Mittel wie die bloße Verpflichtung zur Anwesenheit eines Apothekers in der Apotheke, zum Abschluss einer Versicherung oder ein System angemessener Kontrollen und wirksamer Maßregeln das von ihm angestrebte Schutzniveau nicht gleich effektiv verwirklichen, sei zu achten.²² Insbesondere würde eine Pflichtversicherung lediglich im Nachhinein einen beim Kunden entstandenen Schaden monetär ersetzen, könne aber nicht verhindern, dass dieser überhaupt entstehe.²³

c) Ergebnis

Nach Ansicht des *EuGH* stellt das Fremdbesitzverbot des ApoG eine verhältnismäßige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 43, 48 EG dar, die durch die Volksgesundheit als zwingenden Grund des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist.

2. Bewertung

Das Urteil des *EuGH* ist im Ergebnis zu begrüßen, bleibt jedoch in der Begründung zweifelhaft.

a) Geeignetheit

Zunächst ist nicht offensichtlich, dass ein selbständiger Apotheker wirklich pflichtbewusster berät als ein angestellter.²⁴ Denn beide haben dieselbe Ausbildung durchlaufen und unterliegen demselben strafrechtlichen und berufsgenossenschaftlichen Ordnungsrahmen. Ihre berufliche Existenz steht somit in jedem Fall auf dem Spiel – nicht nur dann, wenn der Apotheker zugleich Inhaber seiner Apotheke ist. Besonders wirklichkeitsfern erscheint zudem die Behauptung, ein selbständiger Apotheker sei von geringerem Gewinnstreben angeleitet als ein angestellter. Das Gegenteil dürfte der Fall sein: Gerade weil der angestellte Apotheker nicht selbst am Verkauf verdient, wird er den Kunden umso neutraler beraten. Richtig ist zwar, dass eine hinter einem angestellten Apotheker stehende Kapitalgesellschaft *ihrerseits* das Apothekengeschäft als Investition betrachten wird. Wie diese Motivation sich aber negativ auf die Beratungspraxis ihrer Angestellten auswirken soll, ist nicht einmal andeutungsweise dargetan. Die vom *EuGH* angeführten Beispiele, bestimmte Medikamente auszuverkaufen oder das Vertriebsgeschäft kostensparend zu rationalisieren, dürften

21 Rs. C-172/07, Rn. 43–50.

22 Rs. C-172/07, Rn. 53 f.

23 Rs. C-172/07, Rn. 56.

24 Vgl. *Kleine-Cosack*, DB 2007, 1851 (1853); *Martini*, (Fn. 14), S. 15, beide m. w. N., mit wertender Parallele zum Arztberuf, bei dem auch angestellten Ärzten gestattet wird, Patienten zu behandeln.

jedenfalls bei selbständigen Apothekern ebenso vorkommen wie bei einem kapitalgesellschaftlich strukturierten Betreiber.²⁵

Ob das ApoG in seiner heutigen Fassung²⁶ das Fremdbesitzverbot kohärent verwirklicht, ist ebenso fraglich. Denn tatsächlich erlauben §§ 1 II, 2 IV, V ApoG längst, wenn auch im beschränkten Rahmen, den Fremdbesitz. Die Bedeutung des Fremdbesitzverbots hat das *BVerfG* in seinem Urteil zum ApoG a. F. noch wie folgt umrissen: „Der Verpflichtung zur persönlichen Leitung entspricht es, wenn der Apotheker auf den Betrieb nur einer Apotheke beschränkt wird.“²⁷ Auch hinsichtlich der Kohärenzfrage wäre deshalb eine eingehendere Prüfung wünschenswert gewesen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass der selbständige Betreiber bei der Eröffnung mehrerer Filialen kaum etwas anderes als Gewinnmaximierung im Sinn haben kann.

b) Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit hat der *EuGH* hingegen mit nachvollziehbaren Gründen bejaht. Das von Doc Morris und der Kommission im Anschluss an die Literatur vorgebrachte Argument, durch zivilrechtliche Haftung in Verbindung mit einer Berufshaftpflichtversicherung könne derselbe Gesundheitsschutz mit milderem Mitteln erreicht werden, überzeugt nicht, weil erstens Schadenersatz in Geld einen erlittenen Gesundheitsschaden nur unzureichend ersetzen kann und zweitens erst mühsam gerichtlich erstritten werden muss.

Damit widerspricht der *EuGH* gleichwohl seiner Optiker-Entscheidung vom 21.4.2005, in der er der eben genannten Argumentation noch gefolgt ist.²⁸ Mit der abstrakt größeren Bedeutung von Medikamenten gegenüber Optikprodukten für den Gesundheitsschutz lässt sich diese Abweichung nicht begründen.²⁹ Denn dem apothekarischen Beratungsspielraum, der von Gewinnstreben betroffen werden könnte, unterliegen lediglich solche Medikamente, die nicht verschreibungspflichtig sind. Dies sind aber zugleich genau die Medikamente, deren Missbrauchsgefahr und Bedeutung für die Volksgesundheit besonders gering sind – womöglich sogar geringer als der Besitz einer funktionstüchtigen Sehhilfe, beispielsweise im Straßenverkehr.

c) Achtung der mitgliedstaatlichen Souveränität

Im Ergebnis ist die Entscheidung des *EuGH* trotz ihrer Schwächen zu begrüßen, weil sie die funktionale Kompetenzverteilung beachtet, die Art. 152 V EG in Fragen des Gesundheitsschutzes vorgibt.³⁰ Danach „wird die Verantwortung der Mitglied-

25 A. A. Martini, (Fn. 14), S. 15.

26 Siehe oben Fn. 19.

27 BVerfGE 17, 232 (242).

28 Rs. C-140/03, Rn. 35. Zur weiteren Rspr. des *EuGH* hinsichtlich Fremdbesitzverboten siehe Streinz/Herrmann, (Fn. 6), S. 457 f. m. w. N. in Fnn. 18 ff.

29 A. A. Martini, (Fn. 14), S. 14.

30 Ähnliche Zurückhaltung bei BVerfGE 17, 232 (245).

staaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang gewahrt.“ Wenn ein Mitgliedstaat – vorliegend Deutschland – dieser Verantwortung mit Maßnahmen nachkommt, die nicht zwischen Inländern und EG-Ausländern diskriminieren, reicht es nicht aus, dass deren Verhältnismäßigkeit lediglich zweifelhaft ist. Die Maßnahmen müssen vielmehr nachweislich und manifest unverhältnismäßig sein, um den *EuGH* dazu zu ermächtigen, mit Hinweis auf die Verletzung von Grundfreiheiten die Nichtanwendung dieser Maßnahmen anzuordnen.

III. Die zweite Frage: Verwerfungskompetenz der Verwaltung bei Gemeinschaftsrechtswidrigkeit eines Parlamentsgesetzes

Der *EuGH* hat die zweite Frage des VG nicht entschieden, weil er zuvor die erste Frage verneint hatte. Aber selbst im Bejahensfall ist aus mehreren Gründen problematisch, ob die zweite Frage überhaupt vorlagebedürftig wäre.

1. Entscheidungserheblichkeit der zweiten Frage

Aus der Rechtshilfefunktion des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG folgt, dass die vorgelegte Frage entscheidungserheblich sein muss.³¹ Für die Aufhebung der Erlaubnis an Doc Morris im Rahmen des § 113 I 1 VwGO müsste es also nicht nur darauf ankommen, ob das Fremdbesitzverbot gemeinschaftsrechtswidrig war, sondern darüber hinaus, ob das Ministerium dementsprechend handeln und das ApoG missachten durfte. Bejahte der *EuGH* die erste Frage, wäre aber ohnehin auch für das Ministerium verbindlich angeordnet, dass es das Fremdbesitzverbot nicht anwenden darf. Die zweite Frage ergibt somit nur dann Sinn, wenn für die Beurteilung der Erlaubnis der Erlasszeitpunkt und nicht die letzte mündliche verwaltungsgerichtliche Verhandlung maßgeblich ist. Diese Frage ist in der Literatur heftig umstritten.³² Herrschend wird sie dahingehend beantwortet, dass zwar das Recht zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung anzuwenden ist, dass dieses Recht aber grundsätzlich auf den Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung zurückverweist.³³ Dafür spricht insbesondere, dass das Anfechtungsurteil als Gestaltungsurteil den Verwaltungsakt mit ex tunc-Wirkung aufhebt, also auch einen Zeitraum betrifft, in dem etwa vorliegend noch keine endgültige Klarheit über die erste Vorlagefrage erzielt worden ist. Im Ergebnis könnte also die Erlaubnis aufzuheben sein, obwohl sie zur Zeit der Urteilsverkündung

31 *Gaitanides* in: von der Groeben/Schwarze Art. 234 Rn. 52.

32 *Decker* in: BeckOK VwGO § 113 Rn. 21 m. w. N. Einen Überblick geben: *Kovács/Thomale*, Verwaltungsrecht (2008), S. 49 f. m. w. N.

33 *BVerwG*, NVwZ 2003, 92 ff.

mit demselben Inhalt erlassen werden dürfte.³⁴ Somit war die zweite Frage entscheidungserheblich.³⁵

2. Die Verwerfungsbefugnis von Behörden als *acte clair*

Rechtsfragen müssen – und sollten³⁶ – nach Art. 234 EG nur dann vorgelegt werden, wenn sie nicht bereits vom EuGH entschieden und deshalb als *acte clair* anzusehen sind.³⁷ Der EuGH hat bereits in den Entscheidungen *Fratelli Costanzo*,³⁸ *Ciola*³⁹ und *Flammiferi*⁴⁰ wiederholt bestätigt, dass der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts⁴¹ auch für nationale Behörden gilt.⁴² Diese Rechtslage erkennt das VG, legt aber mit der Begründung vor, die „Anforderungen an die Überzeugungsbildung der Behörde hinsichtlich der Gemeinschaftswidrigkeit der nationalen Vorschriften“ seien noch ungeklärt.⁴³

Die Reichweite einer Verwerfungskompetenz von Behörden wegen entgegenstehenden Gemeinschaftsrechts ist – wie auch wegen entgegenstehenden Verfassungsrechts⁴⁴ – in der Literatur hoch umstritten. Dies hat unter anderem zu vermittelnden Auffassungen geführt, die eine Verwerfungskompetenz nur dann zubilligen wollen, wenn aus subjektiver Sicht der Behörde höherrangiges Recht offensichtlich verletzt ist.⁴⁵ Die Erwägungen der Rechtssicherheit, des Bedürfnisses nach einheitlicher Rechtsanwendung und der Achtung vor dem parlamentarischen Gesetzgeber, die diesen Auffassungen zugrunde liegen, sind nicht völlig von der Hand zu weisen. Trotzdem ist aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht – *de iure lato* – diese Frage abschließend dahin geklärt, dass jede Behörde kategorisch zur Befolgung von Ge-

34 Auf die Konsequenz, dass man aus der Rechtskraft des abweisenden Anfechtungsurteils keine notwendige Feststellung ableiten kann, dass die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage auch für die Zukunft nicht vorliegen, kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden. Zum Problem vgl. *Clausing* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner § 121 Rn. 26; *Kovács/Thomale*, (Fn. 32), S. 30 f.

35 A. A. *Streinz/Herrmann*, BayVBl. 2008, 1 (11).

36 *Craig/De Búrca*, EU Law, 3. Auflage (2003), 442.

37 EuGH Rs. C-283/81 – *CILFIT*, Rnn. 8 ff.

38 Rs. C-103/88, Rnn. 36 f.

39 Rs. C-224/97, Rn. 29.

40 Rs. C-198/01, Rnn. 48 f.

41 Dazu allgemein: *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1 ff.

42 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 1992, 783 ff.; OVG Saarlouis, (Fn. 3). Das BVerfG hat dies in E 31, 145 (173 ff.) nur für die Bindung der staatlichen Gerichte anerkannt, sich aber nicht zu Verwaltungsbehörden geäußert. Zum Ganzen eingehend: *Streinz/Herrmann*, (Fn. 35), S. 3 ff. m. w. N.

43 VG des Saarlandes, (Fn. 7).

44 *Streinz/Herrmann*, (Fn. 35), S. 2 f. m. w. N.

45 *Martini*, (Fn. 14), S. 16 f.; *Streinz/Herrmann*, (Fn. 35), S. 7 f. Grundsätzlich gegen eine Verwerfungskompetenz: *Semmroth*, (Fn. 2), S. 1380 f. Den Zusammenhang zwischen der Verwerfung wegen Gemeinschaftsrechts und Verfassungsrechts stellt *Hutka*, Verwaltung (1997), S. 165 ff. dar. Umfassende Nachweise bei *Kahl* in: *Callies/Ruffert* Art. 10 Rn. 60 in Fn. 327.

meinschaftsrecht verpflichtet ist.⁴⁶ Für einen subjektiven Überzeugungsmaßstab ist hier schon deshalb kein Platz, weil dieser *erstens* schwer festzustellen wäre und *zweitens* durch seine Unschärfe – Was heißt schon „offensichtlich‘ gemeinschaftswidrig“? – der Effektivität des Gemeinschaftsrechts widerspräche.

IV. Fazit

Die neue Doc Morris Entscheidung hat die deutsche Literatur zu großen Teilen überrascht.⁴⁷ Trotz einiger Schwächen in der Begründung verdient sie jedoch im Ergebnis Zustimmung. Hinter der unscheinbaren zweiten Vorlagefrage verbergen sich zudem spannende und umstrittene Fragen des Verwaltungs-, Verfassungs- und Europarechts. Die Entscheidung ist daher in höchstem Maße ausbildungsrelevant.

46 Vgl. *Kruis*, EuZW 2007, 175 f.; *Jarass* in: Jarass/Pieroth Art. 23 Rn. 42.

47 Vgl. *Streinz/Herrmann*, (Fn. 6), S. 459; *Kleine-Cosack*, (Fn. 24), S. 1857.