

Az.: 6 A 522/21
5 K 1793/19 VG Leipzig



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

1. des

2. des

– Kläger –
– Berufungskläger –

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch Landesdirektion Sachsen
diese vertreten durch die Präsidentin
09105 Chemnitz

– Beklagter –
– Berufungsbeklagter –

wegen

Apothekenerlaubnis
hier: Berufung

hat der 6. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Dehoust, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Drehwald und den Richter am Obergerverwaltungsgericht Groschupp auf Grund der mündlichen Verhandlung

am 1. August 2024

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 17. Juni 2021 – 5 K 1793/19 – geändert.

Die Bescheide des Beklagten vom 22. Juli 2019 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 30. Oktober 2019 werden aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass der Erteilung der von den Klägern beantragten Erlaubnisse einschließlich des Betriebs der Apotheke P..... als gemeinsam in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft geführte Filialapotheke nicht entgegensteht, dass sie ihre weiteren in L..... gelegenen Apotheken als Einzelkaufleute betreiben.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Kläger vorher Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leisten.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Kläger streiten um die Zulässigkeit ihres Vorhabens, neben dem einzelkaufmännischen Fortbetrieb ihrer in L..... gelegenen Apotheken dort eine weitere Apotheke gemeinsam als Filialapotheke in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft (OHG) zu betreiben.
- 2 Die Kläger sind approbierte Apotheker und betreiben in L..... als Einzelkaufleute bereits folgende Apotheken, die sie neben dem angestrebten Betrieb der gemeinsamen OHG-Filialapotheke als Einzelkaufleute fortführen wollen: der Kläger zu 1 seit dem 15. Oktober 2019 die seit dem 1. September 2010 betriebene R....-Apotheke, K.....straße .., als Haupt- und die L....-Apotheke, B.... .., als Filialapotheke, der Kläger zu 2 seit dem 1. August 2006 die Apotheke M....., Z..... Str. Zu diesem Zweck erwarben sie nach Insolvenz des Inhabers die vormalige B.....-Apotheke, Z..... Straße ... in L....., gründeten die am 8. April 2019 in das Handelsregister des Amtsgerichts L..... eingetragene "Apotheke P..... OHG" und beantragten im April 2019 Betriebserlaubnisse bzw. die Erweiterung ihrer vorhandenen Betriebserlaubnisse zum zusätzlichen Betrieb der Apotheke P..... als gemeinsame "OHG-Filiale", für die sie den vormaligen Leiter der B.....-Apotheke als Filialleiter benannten.

- 3 Mit Bescheiden vom 22. Juli 2019 lehnte der Beklagte die Anträge der Kläger ab. Zur Begründung führte er aus, das Vorhaben verstoße gegen § 8 Satz 1 ApoG. Ein Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb der Apotheke P..... als gemeinsame OHG-Filiale, ohne dabei die Einzelapotheken in die OHG einzubringen, bestehe nicht. § 8 Satz 1 ApoG sei auf die von den Klägern gewählte Konstruktion nach dem Wortlaut nicht anwendbar, da „eine Apotheke“ im Sinne dieser Norm in Anlehnung an § 1 Abs. 2 ApoG als Apotheke zu verstehen sei, die eine Hauptapotheke oder eine der bis zu drei zulässigen Filialapotheken sein könne, wobei aber Voraussetzung sei, dass der gesamte Filialverbund in der Rechtsform einer OHG betrieben werde. Ein Apotheker dürfe nur eine Betriebserlaubnis und nicht mehrere Apothekenbetriebserlaubnisse gleichzeitig führen, da jede Betriebserlaubnis gemäß § 7 Satz 1 ApoG zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung verpflichte. Das Vorhaben hätte dagegen zur Folge, dass die Kläger jeweils eine Erlaubnis als eingetragener Kaufmann und eine als OHG-Gesellschafter hätten, was nicht zulässig sei. Das vorgesehene Geschäftskonstrukt würde zudem die Bildung von Apothekenketten mit beliebig vielen weiteren Apothekeninhabern ermöglichen, wenn immer mindestens eine Filialapotheke als gemeinsames Kettenglied genutzt werde. Kettenbildung gefährde das Fremd- und Mehrbesitzverbot und die wirtschaftliche Tragbarkeit der Apotheken in Reaktion auf den Ausfall eines der Inhaber. Da das Vorhaben damit gegen das Apothekengesetz verstoße, gefährde es die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung und das Schutzgut der Volksgesundheit. Der mit der Ablehnung verbundene Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG sei bei Abwägung der Schutzgüter mit den wirtschaftlichen Interessen der Kläger gerechtfertigt.
- 4 Nach Zurückweisung ihrer dagegen gerichteten Widersprüche mit Widerspruchsbescheiden vom 30. Oktober 2019 erhoben die Kläger am 5. November 2019 eine auf Erlaubniserteilung gerichtete Verpflichtungsklage, die das Verwaltungsgericht Leipzig mit Urteil vom 17. Juni 2021 aus folgenden Gründen abgewiesen hat:
- 5 Das Vorhaben der Kläger sei nach dem Apothekengesetz nicht zulässig, weshalb die Ansprüche – unabhängig davon, dass die übrigen Voraussetzungen zur Erteilung einer apothekenrechtlichen Erlaubnis vorlägen – nicht bestünden. Das Apothekengesetz sehe lediglich zwei Möglichkeiten der Erlaubniserteilung vor: Nach § 2 Abs. 1, 4 und 5 ApoG bestehe die Möglichkeit für den einzelnen Kaufmann, eine Apotheke bzw. einen Apothekenverbund (eine Hauptapotheke und bis zu drei Filialapotheken) als alleiniger Inhaber zu betreiben. Hierfür erfüllten beide Kläger die Voraussetzungen. Daneben eröffne § 8 Satz 1 ApoG die Möglichkeit für mehrere Personen, zusammen eine Apotheke in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder einer OHG zu betreiben, wobei dann alle Gesellschafter der Erlaubnis bedürften. Nach § 8 Satz 4 ApoG gälten die Sätze 1 bis 3 für Apotheken nach § 2 Abs. 4 entsprechend, weshalb auch der Verbund (nur) in der Rechtsform

der OHG oder der GbR geführt werden könne. Die Kläger beehrten jedoch eine im Apothekengesetz nicht vorgesehene Art "gemischte" Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 und 4 und § 8 Satz 1 und 4 ApoG, indem sie neben ihren getrennt geführten Einzelapotheken zusätzlich eine weitere Filiale in der Rechtsform der OHG betreiben wollten. Aus § 2 und § 8 ApoG folge nicht, dass ein Apothekenverbund teilweise durch die Einzelinhaber und teilweise durch eine OHG bzw. deren Gesellschafter betrieben werden könne. Vielmehr ändere § 8 ApoG nichts an der Notwendigkeit eines einheitlich geführten Verbunds. Das Vorhaben der Kläger würde jedoch zu zwei verschiedenen, sich nur teilweise überschneidenden Apothekenverbünden führen, was dem Apothekengesetz fremd sei.

- 6 Dieses Verständnis werde im Wesentlichen durch § 1 Abs. 2 ApoG gestützt, wonach derjenige einer Erlaubnis bedürfe, der eine Apotheke und bis zu drei Filialapotheken betreiben wolle. Aus dem Wortlaut dieser Norm folge, dass ein einheitlicher Betreiber eine Apotheke und bis zu drei Filialapotheken führen könne, im Falle einer Filialisierung ergehe sodann eine Mehrbetriebserlaubnis an den Betreiber. Der Betreiber des Verbundes müsse stets eine einheitliche Person sein. Aus dem Wortlaut "eine Apotheke und bis zu drei Filialapotheken" gehe gleichzeitig hervor, dass der Begriff der Apotheke die Haupt- und bis zu drei Filialapotheken meine und entgegen der klägerischen Ansicht nicht der Oberbegriff für Haupt- und Filialapotheke sein könne. Der Betreiber müsse zunächst eine Hauptapotheke führen und könne diese sodann um den Betrieb von bis zu drei Filialapotheken ergänzen. Er führe diesen Verbund aber auch in diesem Fall als "die Apotheke". Wenn § 8 Satz 1 ApoG ergänzend davon spreche, dass auch mehrere Personen zusammen in der Rechtsform der OHG oder der GbR eine Apotheke betreiben könnten, sei damit im Sinne des § 1 Abs. 2 ApoG lediglich gemeint, dass auch mehrere Personen in der Rechtsform der OHG oder der GbR einheitlich eine Hauptapotheke bzw. durch den Verweis in § 8 Satz 4 ApoG einen einheitlichen Apothekenverbund betreiben könnten. Das Verständnis der Kläger, aus § 8 Satz 1 ApoG folge, dass mehrere Personen auch eine einzelne Filialapotheke gesondert betreiben könnten, gehe gerade im Zusammenhang mit § 1 Abs. 2 ApoG fehl. Denn der Begriff der Apotheke in § 8 Satz 1 ApoG müsse ebenso wie der Begriff der Apotheke im Sinne von § 1 Abs. 2 ApoG verstanden werden. Letztlich würde durch das Vorhaben der Kläger kein einheitlicher Verbund bestehen, da sie gleichzeitig jeweils Einzelinhaber einer Hauptapotheke blieben. Dem stehe § 1 Abs. 2 ApoG entgegen. Außerdem müsse, wie bei dem Betrieb im Verbund durch den Einzelapotheker, auch bei dem Betrieb durch eine Gesellschaft eine Hauptapotheke bestehen. Die von den Klägern angestrebte OHG-Filialapotheke würde im Widerspruch dazu rechtlich als Filialapotheke ohne Hauptapotheke existieren.

- 7 Daneben würde das Vorhaben sowohl das Fremd- als auch das (eingeschränkte) Mehrbesitzverbot zumindest gefährden. Das Fremdbesitzverbot meine die volle fachliche

Verantwortung und Verfügungsgewalt über die Apotheke in Hand eines Apothekers ohne Fremdeinflüsse. Das Verbot von Apothekenketten habe der Gesetzgeber mit § 2 Abs. 4 und 5 ApoG nur in einem eng begrenzten Umfang von maximal vier Standorten zugelassen, um dem Betreiber eine persönliche und effektive Kontrolle der Filialapotheken zu ermöglichen. Das Vorhaben der Kläger würde jedoch dazu führen, dass die Verantwortung und Verfügungsgewalt über den begehrten Apothekenverbund in den Händen von drei Betreibern, den Klägern als einzelne Betreiber sowie der OHG, liegen würde. Entgegen der klägerischen Ansicht gäbe es gerade keinen einheitlichen Betreiber. Es wäre somit nicht erkennbar, wer der für den Verbund konkret verantwortliche Ansprechpartner sei. Eine Teilung der Verantwortlichkeiten durch verschiedene Inhaber habe der Gesetzgeber vermeiden wollen. Hieran ändere auch nichts, dass beide Kläger approbierte Apotheker seien. Daneben bestehe die vom Beklagten aufgezeigte Gefahr unzulässiger Kettenbildung, wenn die Kläger und die OHG jeweils bis zu drei weitere Standorte öffnen wollten. Auch wenn die Kläger geltend machten, eine weitere Eröffnung nicht zu beabsichtigen, sei es nicht völlig ausgeschlossen, dass der vom Gesetzgeber nur eingeschränkt ermöglichte Mehrbesitz durchbrochen würde.

- 8 Unerheblich sei der Einwand der Kläger, dass die Apothekenbetriebsverordnung Filialapotheken als völlig selbstständige Apotheken einordne. Denn es handele sich um zwei voneinander getrennte Rechtskreise. Jedenfalls in dem hier maßgeblichen Apothekengesetz bestehe gemäß § 1 Abs. 2 ApoG eine untrennbare Einheit der Filialapotheken zu ihrer jeweiligen Hauptapotheke.
- 9 Die Ablehnung des klägerischen Vorhabens sei auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Bis zur Reform des Apothekengesetzes zum 1. Januar 2004 habe das Bundesverfassungsgericht sogar das uneingeschränkte Verbot des Mehrbetriebs von Apotheken für vereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG gehalten. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung sei nicht erkennbar, dass eine noch weitergehende Auflockerung des Mehrbesitzverbots als durch die Gesetzesreform eingeführt verfassungsrechtlich geboten sei.
- 10 Gegen dieses Urteil richtet sich die mit Senatsbeschluss vom 26. Oktober 2022 zugelassene Berufung, die die Kläger nach Fristverlängerung mit Schriftsatz vom 2. Januar 2023 im Wesentlichen wie folgt begründen:
- 11 Nach Systematik und Wortsinn der maßgeblichen Vorschriften des Apothekengesetzes sei ihr Vorhaben zulässig. § 2 Abs. 1 und 4 ApoG bilde mit dem Betrieb einer Apotheke oder mehrerer Apotheken im Filialverbund durch einen Inhaber den rechtlichen und auch faktischen Regelfall der Betriebserlaubnis ab. § 8 Satz 1 ApoG eröffne als Ausnahme oder Durchbrechung dieser Regel mehreren Personen die Möglichkeit, gemeinsam eine Apotheke als GbR oder OHG zu

betreiben und greife dabei auf den Begriff „Apotheke“ zurück, der sowohl im Apothekengesetz als auch im Arzneimittelgesetz und den konkretisierenden Rechtsverordnungen (z. B. ApBetrO) als Oberbegriff sowohl für Haupt- als auch Filialapotheken verwendet werde. Beide Apothekentypen seien vollwerte Apotheken, die die Bevölkerung entsprechend dem in § 1 Abs. 1 ApoG normierten Auftrag mit Arzneimitteln versorgten. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass mehrere Apotheker eine Apotheke nur dann gemeinsam betreiben könnten, wenn sie auch alle anderen mit in die OHG einbrächten, hätte er § 8 Satz 1 ApoG entsprechend normiert.

- 12 Auch die Auslegung der streiterheblichen Rechtsnormen nach deren Sinn und Zweck ergebe die Zulässigkeit einer gemeinsamen Filialapothekes zweier voneinander unabhängiger Apothekenbetreiber: § 8 Satz 1 ApoG sei ebenso wie § 2 Abs. 1 ApoG Ausdruck des Fremdbesitzverbotes. Um sicherzustellen, dass Arzneimittel stets bedarfsbezogen und nicht gewinngetrieben an die Endverbraucher abgegeben würden, verbiete das deutsche Apothekenrecht Nichtapprobierten den Betrieb einer Apotheke. Sinn und Zweck des Erlaubnisvorbehalts sei es, die Inhaberschaft von und die Beaufsichtigung des Betriebes von Apotheken durch approbierte Apotheker sicherzustellen und Nichtapprobierte aus diesen Funktionen herauszuhalten. Ein Verbot der gemeinsamen Inhaberschaft und gemeinsamen Beaufsichtigung von Apotheken lasse sich dem jedoch nicht entnehmen. Vielmehr ermögliche § 8 Satz 1 ApoG diese Form der Zusammenarbeit von approbierten Apothekern ausdrücklich. Wenn nach dem modifizierten Fremdbesitzverbot und dem gesetzgeberischen Leitbild ein Apotheker der Aufgabe gewachsen sei, neben seiner eigenen Apotheke noch drei andere zu beaufsichtigen, dann sei es mit diesem Leitbild erst recht vereinbar, dass zwei Apotheker die Verantwortung für ihre eigene Apotheke behielten und sich die für eine gemeinsame Filiale teilten. Dem könne nicht entgegengehalten werden, es bestünde die Gefahr von Interessenkonflikten und Verstimmungen zwischen den Betreibern, da diese – ebenso wie eine geteilte Verantwortlichkeit und Verfügungsgewalt der Gesellschafter – von § 8 Satz 1 ApoG in Kauf genommen werde. Zudem müsse davon ausgegangen werden, dass die Gefahr persönlicher Konflikte größer sei, wenn Apotheker dazu gezwungen wären, zur weiteren beruflichen Entfaltung ihre bisherige Selbstständigkeit aufzugeben und ihre eigene(n) Apotheke(n) in eine Gesellschaft einzubringen.
- 13 Entgegen der Darstellung des Beklagten verstießen zwei Apothekenbetreiber, die eine gemeinsame Apotheke als OHG betrieben, auch nicht gegen die aus dem Fremdbesitzverbot resultierende Pflicht zur persönlichen Leitung der Apotheke. Denn bei einer Filialapothekes obliege diese Pflicht gemäß § 7 Satz 3 ApoG primär dem nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 ApoG benannten Filialleiter, wodurch nach der gesetzgeberischen Intention ein gleiches Arzneimittelsicherheitsniveau gewährleistet werde. Nach der zutreffenden Rechtsprechung

der Verwaltungsgerichte sei es den Inhabern eines als OHG betriebenen Filialverbundes auch gestattet, eine Hauptapotheke und eine Filiale persönlich zu führen, während für jede weitere Filiale ein Leiter benannt werde, der nicht aus dem Gesellschafterkreis komme. Erst recht verstoße es nicht gegen die Verpflichtung zur persönlichen Leitung, wenn zwei Apotheker mit ihren Hauptapotheken selbstständig blieben und die gemeinsame Filialapotheke deren Leiter anvertrauten.

- 14 § 2 Abs. 1 und 4, § 8 Satz 1 ApoG seien zudem Ausdruck des (eingeschränkten) Mehrbesitz- und Mehrbetriebsverbotes. Auch gegen dieses Ordnungsprinzip werde durch eine von zwei Apothekern gemeinsam betriebene Filialapotheke nicht verstoßen. Denn seit seiner Reform zum 1. Januar 2004 lasse das Apothekengesetz Apothekenketten durch den Besitz mehrerer Apotheken ausdrücklich zu und nach der Gesetzesbegründung werde die Entstehung wettbewerbsrechtlich bedenklicher Strukturen schon dadurch eingeschränkt, dass ein Apothekeninhaber nur vier Apotheken besitzen könne.
- 15 Soweit der Beklagte vortrage, er wolle das Fremdbesitzverbot durch die Unterbindung von „Apothekenketten“ schützen, bleibe unklar, was eine „Apothekenkette“ nach seiner Auffassung überhaupt sein solle und wie das Fremdbesitzverbot durch die Inhaber zweier Einzelapotheken, die eine gemeinsame Filiale gründen wollten, überhaupt in Gefahr geraten könne. Der Beklagte lege nicht offen, warum es gelte, das angestrebte Vorhaben im Gegensatz zu seit Jahren existierenden Franchise- und Kooperationskonzepten approbierter Apotheker zu verhindern.
- 16 Die Forderung, zum Betrieb der „Apotheke P.....“ auch ihre anderen Apotheken mit in die OHG einzubringen, sei ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in das durch Art 12 Abs. 1 GG verbürgte Grundrecht auf freie Berufsausübung: Es fehle bei richtiger Auslegung des § 8 Satz 1 ApoG schon an der für den Eingriff erforderlichen gesetzlichen Grundlage. Außerdem mangle es an einem legitimen Zweck und an der Erforderlichkeit.
- 17 Die Kläger beantragen zuletzt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 17. Juni 2021 – 5 K 1793/19 – zu ändern und die Bescheide des Beklagten vom 22. Juli 2019 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 30. Oktober 2019 aufzuheben und festzustellen, dass der Erteilung der von den Klägern beantragten Erlaubnisse einschließlich des Betriebs der Apotheke P..... als gemeinsam in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft geführte Filialapotheke nicht entgegensteht, dass sie ihre weiteren in L..... gelegenen Apotheken als Einzelkaufleute betreiben.
- 18 Der Beklagte beantragt,

die Berufung der Kläger zurückzuweisen.

- 19 Er verteidigt das angefochtene Urteil sowie die angegriffenen Bescheide und führt ergänzend aus: Unter einer „Apothekenkette“ sei die aus seiner Sicht apothekenrechtlich unzulässige Verkettung mehrerer Apothekenverbünde über gemeinsame Filialapotheken zu verstehen. Die von den Klägern genannten Beispiele seien keine Apothekenverbünde im Sinne von § 2 Abs. 4 und 5 ApoG, sondern reine Marketing-Kooperationen. Es handele sich vornehmlich um Einkaufsgemeinschaften von Apotheken, die das Ziel verfolgten, aufgrund des Auftragsvolumens beim Arzneimittelhersteller einen günstigen Herstellerabgabepreis zu erzielen, um im Bereich der apothekenpflichtigen und freiverkäuflichen Arzneimittel niedrigere Arzneimittelpreise anbieten zu können als die Konkurrenz. Zudem werde innerhalb der Kooperation ein Lizenzvertrag abgeschlossen, der die betreffenden kooperierenden Apotheken befähige, einheitliche Werbematerialien und Werbeplattformen zu nutzen. Diese Kooperationsverträge habe er in den vergangenen Jahren im Rahmen von Betriebserlaubnisverfahren geprüft und sei dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass durch die Kooperations- bzw. Lizenzverträge die Unabhängigkeit der Apothekeninhaber nicht eingeschränkt werde. Wirtschaftliche und (apotheken-)rechtliche Veränderungen einer Apotheke, z. B. die Kündigung des Kooperationsvertrages oder der Verkauf der Apotheke, hätten keinen Einfluss auf die anderen kooperierenden Apotheken. Anders verhalte es sich bei den von den Klägern begehrten Betriebserlaubnissen für ihre jeweils einzeln geführten Hauptapotheken und die gemeinsam geführte OHG-Filialapotheke. Durch diese würden zwei Apothekenverbünde entstehen, die durch die gemeinsam in der Rechtsform einer OHG geführte Filialapotheke verbunden und hierüber voneinander abhängig wären. Ein solches Apothekenverbundsystem wäre im streitgegenständlichen Fall auf insgesamt sieben Apotheken (zwei einzeln geführte Verbünde mit jeweils einer Hauptapotheke und zwei Filialapotheken sowie einer gemeinsam geführten Filialapotheke) und darüber hinaus hypothetisch auf eine unbegrenzte Zahl an über gemeinsam geführte Filialapotheken miteinander verlinkten Apothekenverbünde erweiterbar (Apotheke M..... – Apotheke P..... OHG – R....-Apotheke – Apotheke X OHG – Apotheke Y – Apotheke Z OHG – ... etc.). Wirtschaftliche oder (apotheken-)rechtliche Veränderungen einer „OHG-Apotheke“ dieser Kette würden wie im vorliegenden Fall die anderen Apotheken in einem noch nicht absehbaren Grad beeinflussen. Die Apothekeninhaber könnten ihre fachlichen, wirtschaftlichen und (apotheken-)rechtlichen Entscheidungen nicht frei von der Einflussnahme der anderen Apothekeninhaber treffen.
- 20 Die Kläger wollten jeweils einzeln einen Apothekenverbund im Sinne von § 2 Abs. 4 und 5 ApoG betreiben. Anknüpfungspunkt für diese rechtliche Einordnung seien nach den von ihnen beantragten Betriebserlaubnissen die jeweils einzeln geführten Hauptapotheken. Gemäß § 2 Abs. 4 und 5 ApoG sei die Erlaubnis zum Betrieb mehrerer öffentlicher Apotheken in Form eines Verbunds aus einer Hauptapotheke und weiterer Filialapotheken auf Antrag zu erteilen,

wenn die in Nummern 1 und 2 jeweils genannten Voraussetzungen erfüllt seien. Dabei gelte gemäß § 1 Abs. 2 ApoG, dass die mögliche Zahl der Filialapotheken auf drei begrenzt sei. Nach § 8 Satz 4 ApoG – einer Folgeänderung nach Einführung der Beschränkung des Mehrbesitzverbots gemäß § 2 Abs. 4 ApoG – gelte Satz 1 der Regelung zur Rechtsform des Betriebs einer von mehreren Personen geführten Einzelapotheke, der schon vor der Beschränkung des Mehrbesitzverbots gegolten habe, entsprechend für einen von mehreren Personen gemeinsam geführten Apothekenverbund. Jeder Apothekenverbund könne nach dieser Regelung i. V. m. § 1 Abs. 2 ApoG nur eine Hauptapotheke haben, der die von demselben Inhaber betriebenen bis zu drei Filialapotheken zugeordnet seien. Diese Voraussetzung sei bei den Klägern nicht erfüllt, weil sie die Filialapotheke ihrer Verbünde gemeinsam betreiben wollten. Da die Kläger ihre jeweiligen Hauptapotheken alleine und unabhängig voneinander betreiben wollten, liege auch kein Fall vor, der zur Zulässigkeit eines gemeinsam betriebenen Apothekenverbunds bzw. über § 8 Satz 4 ApoG zu einer entsprechenden Anwendung von § 8 Satz 1 ApoG führen könnte. Auch eine direkte Anwendung von § 8 Satz 1 ApoG komme nicht in Betracht. Wie sich aus der Systematik und der Gesetzeshistorie der vorgenannten Regelungen eindeutig ergebe, regule Satz 1 nur den Fall des Betriebs einer Einzelapotheke durch mehrere Personen. Für diese Auslegung spreche auch, dass es insbesondere mit dem Fremdbesitzverbot schlecht vereinbar sei, wenn die Betreiber von einzeln geführten Apothekenverbünden ihre volle fachliche Verantwortung und unabhängige Verfügungsgewalt bei einer Filialapotheke aufgäben und mit einem Dritten teilen, dessen fachliche, wirtschaftliche und rechtliche Entscheidungen für seine einzeln geführte Hauptapotheke sich wie Fremdeinflüsse über die gemeinsam geführte Filialapotheke auf die in Eigenverantwortung geführte Hauptapotheke auswirken könnten. Gemäß § 7 Satz 1 ApoG verpflichte die Erlaubnis im Falle einer einzeln geführten Hauptapotheke vielmehr zur persönlichen Leitung nicht nur dieser Hauptapotheke, sondern auch der ihr zugeordneten Filialapotheke.

- 21 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte des Beklagten verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe

- 22 Die zulässige Berufung der Kläger hat Erfolg. Die Klage mit dem im Berufungsverfahren geänderten Feststellungsantrag ist zulässig (1) und begründet (2).
- 23 1. Die Kläger haben ihr ursprüngliches Verpflichtungsbegehren im Berufungsverfahren im Hinblick auf vom Beklagten noch nicht geprüfte Erlaubnisvoraussetzungen nach § 2 ApoG und

daraus resultierende mangelnde Spruchreife mit Einverständnis des Beklagten umgestellt und begehren nunmehr unter Aufhebung der die Erlaubnisse versagenden Bescheide die Feststellung, dass deren Erteilung nicht entgegensteht, dass sie neben der angestrebten gemeinsamen Filialapotheke P..... in der Rechtsform der OHG ihre weiteren in L..... gelegenen Apotheken als Einzelkaufleute fortbetreiben. Darin liegt keine Klageänderung (§ 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 264 Nr. 2 ZPO; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 30. Aufl. 2024, § 91 Rn. 9 m. w. N.). Selbst wenn darin eine Klageänderung zu erblicken wäre, bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit, weil der Beklagte in eine solche eingewilligt hat (§ 91 Abs. 1 VwGO).

- 24 Die nunmehr gestellten Aufhebungs- und Feststellungsanträge sind zulässig. Insbesondere ist die Feststellungsklage hier nicht im Verhältnis zur Verpflichtungsklage subsidiär (§ 43 Abs. 2 VwGO). Zwar hätten die Kläger die Erteilung der Erlaubnisse auch weiterhin im Wege der Verpflichtungsklage fordern können und wäre diese bei Spruchreife auch die sachnähere und wirksamere Klageart. Bei dem Beklagten als einer Körperschaft des öffentlichen Rechts kann jedoch erwartet werden, dass er sich bei der weiteren Prüfung an einen feststellenden Urteilsspruch halten wird und die gebotenen Folgerungen zieht. In diesem Fall ist es gerechtfertigt, eine Ausnahme von der Regelung des § 43 Abs. 2 VwGO zuzulassen (vgl. BVerwG, Urt. v. 27. Oktober 1970 – VI C 8.69 –, juris Rn. 12; BayVGh, Urt. v. 15. Juli 1992 – 4 B 91.3106 –, juris Rn. 9; vgl. kritisch: Happ, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 43 Rn. 43; ablehnend W.-R. Schenke, in: Kopp, VwGO, 30. Auflage 2024, § 43 Rn. 28 m. w. N.). Die für die Verpflichtungsklage geltenden Sonderregeln werden im Streitfall auch nicht unterlaufen, da das Vorverfahren stattgefunden hat und das im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG unzweifelhaft bestehende Feststellungsinteresse nicht hinter den Anforderungen an die Klagebefugnis zurückbleibt. Zudem wird die Feststellungsklage mit dem Antrag auf Aufhebung der noch nicht bestandskräftigen Bescheide, mit denen die Erlaubnisse versagt wurden, verbunden, wie dies auch bei Aufrechterhaltung der Verpflichtungsklage der Fall wäre.
- 25 2. Die Klage ist auch begründet. Unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung sind die angegriffenen Bescheide in Gestalt der Widerspruchsbescheide aufzuheben und ist festzustellen, dass den von den Klägern beantragten Erlaubnissen nicht entgegensteht, dass sie ihre bestehenden Apotheken einzelkaufmännisch neben dem angestrebten gemeinsamen Filialbetrieb der Apotheke P..... in der Rechtsform der OHG fortführen wollen.
- 26 Das Apothekengesetz enthält hierzu folgende Bestimmungen: Nach § 1 Abs. 2 ApoG bedarf derjenige, der eine Apotheke und bis zu drei Filialapotheken betreiben will, der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Die Erlaubnis gilt nur für den Apotheker, dem sie erteilt ist, und für die in der Erlaubnisurkunde bezeichneten Räume (§ 1 Abs. 3 ApoG). Die Erlaubnis ist auf Antrag

zu erteilen, wenn der Antragsteller die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 bis 3 ApoG erfüllt. Zum Betrieb mehrerer öffentlicher Apotheken ist die Erlaubnis auf Antrag nach § 2 Abs. 4 ApoG zu erteilen, wenn der Antragsteller die Voraussetzungen nach Absätzen 1 bis 3 für jede der beantragten Apotheken erfüllt (Nr. 1) und die von ihm zu betreibende Apotheke und die von ihm zu betreibenden Filialapotheken innerhalb unter anderem – wie hier – derselben kreisfreien Stadt liegen. Für den Betrieb mehrerer öffentlicher Apotheken gelten die Vorschriften des Gesetzes nach § 2 Abs. 5 Satz 1 ApoG mit den Maßgaben entsprechend, dass der Betreiber eine der Apotheken (Hauptapotheke) persönlich zu führen (Nr. 1) und für jede weitere Apotheke (Filialapotheke) schriftlich einen Apotheker als verantwortlichen Leiter zu benennen hat (Nr. 2). Nach § 8 Satz 1 ApoG können mehrere Personen zusammen eine Apotheke nur in der Rechtsform einer rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft betreiben; in diesen Fällen bedürfen alle Gesellschafter der Erlaubnis. Dies gilt nach § 8 Satz 4 ApoG entsprechend für den Betrieb mehrerer öffentlicher Apotheken nach § 2 Abs. 4 ApoG.

- 27 Nach keiner dieser Vorschriften ist die Erteilung der beantragten Erlaubnisse ausgeschlossen:
- 28 a) Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts lässt sich weder dem Wortlaut noch der Systematik von § 1 Abs. 2 und § 8 Satz 1 und 4 ApoG entnehmen, dass „ein einheitlicher Betreiber“ bzw. „eine einheitliche Person“ eine Apotheke und bis zu drei Filialapotheken im Verbund nur in dem Sinne führen könne, dass Haupt- und Filialapotheken entweder nur einheitlich einzelkaufmännisch oder nur einheitlich in der Rechtsform offener Handelsgesellschaften betrieben werden. § 1 Abs. 2 ApoG normiert für denjenigen, der eine Apotheke und bis zu drei Filialapotheken betreiben will, einen Erlaubnisvorbehalt und begrenzt damit zugleich die Anzahl der von einem Betreiber im Verbund betriebenen Apotheken auf maximal vier. Wollen mehrere Personen zusammen eine Apotheke betreiben, so schreibt § 8 Satz 1 ApoG dafür zwingend die Rechtsform einer rechtsfähigen GbR oder einer OHG vor (Halbsatz 1) und erstreckt den Erlaubnisvorbehalt des § 1 Abs. 2 ApoG auf alle Gesellschafter (Halbsatz 2), verbietet diesen aber jedenfalls nicht ausdrücklich, weitere Apotheken als Einzelkaufleute zu betreiben. Die gegenteilige Auffassung des Verwaltungsgerichts beruht auf einer verfehlten Gleichsetzung des in § 1 Abs. 2 und § 8 Satz 1 ApoG verwendeten Begriffs „Apotheke“ mit dem Verbund aus „Hauptapotheke und bis zu drei Filialapotheken“, aus der abgeleitet wird, dass „die Apotheke“ im Sinne sämtlicher Apotheken nur einheitlich allein oder von mehreren gemeinsam in der Rechtsform einer Gesellschaft betrieben werden dürfe. Richtig ist, dass der Apothekenbegriff in beiden Normen ebenso wie in der für den Apothekenverbund geltenden Vorschrift des § 2 Abs. 5 Satz 1 Nrn. 1 und 2 als Oberbegriff für die dort legaldefinierten Begriffe „Hauptapotheke“ und „Filialapotheke“ verwendet wird und der Antragsteller und künftige Betreiber nach § 2 Abs. 4 ApoG die Erlaubnisvoraussetzungen für

jede der beantragten Apotheken erfüllen muss. Ist das der Fall, so lässt der Wortlaut der genannten Vorschriften es ohne Weiteres zu, dass ein Apotheker eine Haupt- und ggf. eine Filialapotheke als Einzelkaufmann (allein) betreibt und eine weitere Filialapotheke als Gesellschafter gemeinsam mit einem oder mehreren anderen Apothekern/Gesellschaftern in der Rechtsform der OHG (mit)betreibt.

- 29 Ein Verbot der von den Klägern erstrebten Erlaubnisse folgt auch nicht aus dem Wortlaut des Verweises in § 8 Satz 4 ApoG auf § 2 Abs. 4 ApoG. Denn der Verweis besagt nur, dass der für alle Gesellschafter geltende Erlaubnisvorbehalt des § 8 Satz 1 ApoG entsprechend gilt, wenn mehrere Personen zusammen mehrere öffentliche Apotheken im Verbund nach § 2 Abs. 4 ApoG betreiben wollen, was die Kläger nicht begehren. Eine Aussage dazu, was gilt, wenn Apotheker, die jeweils eine Apotheke oder – wie der Kläger zu 1 – eine Haupt- und eine Filialapotheke als Einzelkaufleute und daneben als Gesellschafter nur eine gemeinsame OHG-Filialapotheke betreiben wollen, enthält der Verweis nicht. Anderes könnte nur dann angenommen werden, wenn § 8 Satz 1 ApoG rechtlich die OHG zum Betreiber bestimmte. Nur dann hätte der Verweis in § 8 Satz 4 ApoG auf den Betrieb mehrerer öffentlicher Apotheken nach § 2 Abs. 4 ApoG zur Folge, dass die OHG auch weitere Apotheken nur in derselben Rechtsform betreiben könnte. Nach § 8 Satz 1 ApoG ist die Gesellschaft aber gerade nicht als Betreiber anzusehen, denn nach Halbsatz 2 gibt es keine Erlaubnis für die OHG, sondern nur für die Gesellschafter; gemeinsame Apotheken werden also nicht von der OHG, sondern von den Gesellschaftern als Erlaubnisinhabern betrieben (vgl. näher BayVGH, Urt. v. 27. Mai 2011 – 22 BV 09.2402 –, juris Rn. 32).
- 30 Es trifft auch nicht zu, dass die Kläger eine von der Systematik des Apothekengesetzes nicht vorgesehene Art „gemischte“ Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 und 4 und § 8 Satz 1 und 4 ApoG anstrebten oder gar – wie der Beklagte in den angegriffenen Bescheiden meinte – es jeweils um „zwei Anträge von zwei verschiedenen Antragstellern (eingetragener Kaufmann und Gesellschafter der Apotheke P..... OHG)“ gehe. Vielmehr ergibt sich aus der Erlaubnisvoraussetzung der Approbation (§ 2 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 bis 3 ApoG), die nur von natürlichen Personen erfüllt werden kann, dass das Gesetz nur diese als Erlaubnis Antragsteller vorsieht. Die Erlaubnis wird zum Betrieb einer Apotheke und bis zu drei Filialapotheken erteilt (§ 2 Abs. 1 ApoG), unabhängig davon ob der Antragsteller eine einzige Apotheke oder eine von bis zu drei Filialapotheken allein oder zusammen mit mehreren Personen in der Rechtsform der OHG betreibt. Da im letzteren Fall alle Gesellschafter der Erlaubnis bedürfen (§ 8 Satz 1 Halbsatz 2 ApoG) und jeder von ihnen bis zu vier Apotheken betreiben darf, kann es durchaus sein, dass die gemeinsam betriebene Apotheke für einen Gesellschafter die einzige Apotheke ist, für die dieser dann eine Erlaubnis nach § 2 Abs. 1, § 8 Satz 1 ApoG erhält, und für andere Gesellschafter die Haupt- oder eine von bis zu drei

Filialapotheken ist, für die dann eine Erlaubnis nach § 2 Abs. 4, § 8 Satz 1 ApoG zu erteilen ist (vgl. im Erg. ebenso Kieser, in: Ders./Wesser/Saalfrank, ApoG Kommentar, Stand: Mai 2017, § 7 Rn. 48, der allerdings irreführend von einer erlaubnistechisch zulässigen „Aufspaltung“ und einem Nebeneinander von „zwei Hauptapotheken, nämlich eine in der OHG und eine andere als Einzelkaufmann“ spricht; a. A. unter Bezug auf VG Leipzig: Mecking, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht. 4. Aufl. 2024, § 2 ApoG Rn. 22; Saalfrank a. a. O. § 1 Rn. 123 ohne überzeugende Begründung, da der Verweis auf eine alte Kommentierung vor der Einführung des eingeschränkten Mehrbesitzverbots durch § 2 Abs. 4 ApoG nicht tragfähig ist).

- 31 b) Die hier maßgeblichen Vorschriften sind auch nicht im Hinblick auf ihre Entstehungsgeschichte und den sich daraus ergebenden Sinn und Zweck dahin auszulegen, dass die Gesellschafter einer OHG-Filialapotheke auch ihre bislang einzelkaufmännisch betriebenen Haupt- und Filialapotheken in die OHG einbringen müssten, sofern keiner von ihnen mehr als vier Apotheken betreibt. Dies gilt jedenfalls im Streitfall, in dem die Anträge der Kläger insgesamt nur den Betrieb von vier Apotheken (neben der gemeinsamen OHG-Filialapotheke je eine allein geführte Hauptapotheke und eine weitere durch den Kläger zu 1 allein geführte Filialapotheke) betreffen und die Erlaubniserteilung nicht zu einer Verkettung mit weiteren Apotheken führt.
- 32 Das Apothekengesetz in seiner früheren Fassung ging vom Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“ aus (vgl. BVerfG, Urt. v. 13. Februar 1964 – 1 BvL 17/61 u. a. –, BVerfGE 17, 232, 240). Danach war der selbstständige Apotheker ursprünglich zur persönlichen Leitung seiner Apotheke in eigener Verantwortung verpflichtet und auf den Betrieb nur einer Apotheke beschränkt. Mit dem Inkrafttreten der Art. 20 und 21 des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz) vom 14. November 2003 (BGBl. I S. 2190) sind allerdings das Apothekengesetz und die Apothekenbetriebsordnung dahingehend geändert worden, dass auch der Mehrbesitz von öffentlichen Apotheken in einem eng begrenzten Umfang erlaubt wurde. Damit wurde einem Anliegen der Apotheker gefolgt, um die Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung und der Arzneimittelbeschaffung sowie die Flexibilität in der Warenbeschaffung und dem Personaleinsatz zu erhöhen und eine zukunftsorientierte Weiterentwicklung des Apothekenwesens zu ermöglichen (vgl. BT-Drs. 15/1525 S. 160 Zu Nummer 3). Die Auflockerung des ursprünglich strikten Mehrbesitzverbots ist neben die Apothekern schon vor der Reform durch § 8 ApoG eingeräumte Möglichkeit des gemeinsamen Betriebs einer Apotheke in der Rechtsform einer Gesellschaft getreten, ohne dass der Gesetzgeber nunmehr nähere Regelungen zur Vorbeugung von Interessenkonflikten getroffen hätte. Mögliche Interessenkonflikte zwischen mehreren Betreibern einer oder mehrerer Apotheken werden von der Regelung des § 8 ApoG vielmehr in Kauf genommen

(vgl. BayVGH, Urt. v. 27. Mai 2011 – 22 BV 09.2402 –, juris Rn. 39), worauf die Kläger zu Recht hinweisen.

- 33 Bereits diese Zielsetzung spricht dafür, den von den Klägern begehrten gemeinsamen Betrieb einer OHG-Filialapotheke zuzulassen, ohne von ihnen zu verlangen, ihre weiteren Apotheken ebenfalls in der Rechtsform der OHG gemeinsam zu betreiben, wenn sie den gemeinsamen Betrieb auch ihrer weiteren Apotheken zur Optimierung der Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung und der Arzneimittelbeschaffung oder der Erhöhung der Flexibilität bei der Warenbeschaffung und dem Personaleinsatz nicht für erforderlich erachten. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass der gemeinsame Betrieb nur einer OHG-Filialapotheke dem einzelkaufmännischen Fortbetrieb weiterer Apotheken wirtschaftlich per se unzuträglich wäre. Er muss auch nicht potentiell konfliktreicher sein als der gemeinsame Betrieb sämtlicher Apotheken, zumal die mit der Erlaubnis nach § 7 ApoG verbundene Verpflichtung zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung im Falle des Mehrbesitzes nach § 2 Abs. 4 ApoG die Betreiberpflichten unberührt lässt. Jeder Betreiber wird sich daher nicht nur für die von ihm persönlich geleitete Apotheke verantwortlich fühlen, sondern ein natürliches Interesse daran haben, dass auch die von ihm sonst allein oder als Gesellschafter gemeinsam betriebene Apotheke reüssiert.
- 34 Soweit der Beklagte darauf verweist, dass das eingeschränkte Mehrbesitzverbot gemäß § 2 Abs. 4 ApoG die Bildung von „Apothekenketten“ verhindern soll, so trifft dies zu, soweit sich § 1 Abs. 2 ApoG das Verbot entnehmen lässt, dass ein Erlaubnisinhaber – sei es allein oder sei es mit anderen zusammen in der Rechtsform einer Gesellschaft nach § 8 Satz 1 und 4 ApoG – mehr als vier Apotheken betreibt. Dagegen verstößt das Vorhaben der Kläger indes nicht, denn keiner von ihnen würde mehr als eine Hauptapotheke und mehr als drei Filialapotheken betreiben.
- 35 Selbst wenn – was offenbleiben kann – der Gesetzgeber auch eine „Verkettung mehrerer Apothekenverbünde über gemeinsame Filialapotheken“ im Blick gehabt hätte und im Sinne der Beschreibung des Beklagten eine unbegrenzt erweiterbare Zahl an „über gemeinsam geführte Filialapotheken miteinander verlinkte Apothekenverbünde (Apotheke M..... – Apotheke P..... OHG – R....-Apotheke – Apotheke X OHG – Apotheke Y – Apotheke Z OHG – ... etc.)“ hätte verhindern wollen, so müssten nur diejenigen Erlaubnisse versagt werden, die – anders als die im Streitfall von den Klägern beantragten – zu einer derartigen Kette führen würden. Allerdings spricht nach Auffassung des Senats viel dafür, dass eine Kette, wie sie der Beklagte beschreibt, ohnehin nicht generell, sondern nur teilweise, nämlich insoweit gegen das eingeschränkte Mehrbesitzverbot im Sinne von § 2 Abs. 4 ApoG verstoßen würde, als einer der Erlaubnis Antragsteller dabei mehr als eine Haupt- und/oder mehr als drei

Filialapotheken betreiben würde. Nach der Gesetzesbegründung wurde die Eingrenzung auf maximal vier Apotheken und zusätzlich auf eine räumliche Nähe für notwendig erachtet, um dem Betreiber der Apotheken eine persönliche und somit effektive Kontrolle der Filialapotheken zu ermöglichen. Damit sollte auch weiterhin die persönliche Verantwortung des Apothekers gestützt, die Beeinflussung durch Dritte verhindert und zudem Kettenbildungen mit unter Umständen wettbewerbspolitisch bedenklichen Situationen vorgebeugt werden (BT-Drs. 15/1525 S. 160 Zu Nummer 3). Die persönliche Verantwortung des Apothekers hält der Gesetzgeber daher nicht bei jeglicher Beeinflussung durch Dritte, wie sie unmittelbar auch schon beim zulässigen gemeinsamen Betrieb von bis zu vier Apotheken durch andere Gesellschafter gegeben ist, für gefährdet. Erst recht dürfte die persönliche Verantwortung des Apothekers nicht als gefährdet angesehen werden können bei allenfalls mittelbarer Beeinflussung durch die Betreiber einer zwar verketteten Apotheke, die der Apotheker aber nicht mit betreibt.

- 36 Auch das vornehmlich in § 7 ApoG verankerte Fremdbesitzverbot dient nach Sinn und Zweck nicht der Verhinderung der vom Beklagten beschriebenen Kettenbildung. Danach verpflichtet die Erlaubnis zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung. Dieser Grundsatz konkretisiert das Fremdbesitzverbot, zu dem das Bundesverfassungsgericht ausgeführt hat, die Erfüllung der für die Volksgesundheit wichtigen öffentlichen Aufgaben werde nach der Einschätzung des Gesetzgebers dann gewährleistet, wenn dem ausgebildeten Apotheker, der für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben einzustehen habe, auch das Eigentum an der Apotheke zustehe. Der Gesetzgeber wolle es vermeiden, dass die Erfüllung der mit dem Betrieb einer Apotheke verbundenen öffentlichen Aufgaben und das privatrechtliche Eigentum und der Besitz an dem Apothekenbetrieb auseinanderfallen (BVerfG, Urt. v. 13. Februar 1964 – 1 BvL 17/61 u. a. –, BVerfGE 17, 232, 240). Mit dem GKV-Modernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber das daraus resultierende Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“ nicht völlig aufgeben wollen. Vielmehr hat er daran festgehalten und die Umgehung des Fremdbesitzverbots dadurch unterbunden, dass ein Apotheker, der keine Apotheke betreibt und auch keine persönlich führen will, in den Besitz von mehreren Apotheken gelangt. Zu diesem Zweck hat er den Betreiber den Verpflichtungen unterstellt, die das Apothekenrecht für Apothekenleiter vorsieht und vorgeschrieben, dass er, wenn er persönlich eine Apotheke führt, keiner weiteren beruflichen Tätigkeit nachgehen darf (BT-Drs. 15/1525 S. 160 Zu Nummer 3; vgl. auch BayVGH, Urt. v. 27. Mai 2011 – 22 BV 09.2402 –, juris Rn. 34). Inwiefern das Vorhaben der Kläger, die jeweils ihre Hauptapotheke einzelkaufmännisch betreiben und persönlich führen und für die gemeinsam betriebene OHG-Filialapotheke einen Verantwortlichen nach § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 ApoG benannt haben, gegen das so verstandene Fremdbesitzverbot verstoßen könnte, ist – entgegen der nicht weiter begründeten Annahme des Verwaltungsgerichts – nicht erkennbar.

- 37 Die im Apothekenrecht vorrangigen Belange der Arzneimittelsicherheit und der Versorgungssicherheit sprechen ebenfalls nicht dafür, dass eine OHG-Filialapotheke nur dann gemeinsam geführt werden könnte, wenn die Gesellschafter zugleich ihre Hauptapotheken in Form einer OHG führen. Im Interesse der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung und den Interessen der Verbraucher hat der Gesetzgeber vorgeschrieben, dass die Filialapotheken in ihrer Funktion und sächlichen und personellen Ausstattung den Anforderungen einer Vollapotheke entsprechen und alle rechtlichen Anforderungen und Pflichten wie eine Vollapotheke erfüllen müssen (BT-Drs. 15/1525 S. 160 Zu Nummer 3). Die geordnete Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln hält der Gesetzgeber nach wie vor am besten dann für gewährleistet, wenn die allseitige Verantwortung für den Betrieb einer Apotheke in einer Hand liegt. Aus dieser Grundanschauung hat er dem selbstständigen Apotheker die Verpflichtung zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung auferlegt (§ 7 Satz 1 ApoG). Er bringt damit zum Ausdruck, dass der Apothekenbesitzer die Verantwortung nicht nur rechtlich trägt, also einzustehen hat für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften, sondern diese Verantwortung auch tatsächlich wahrnehmen muss (vgl. BVerwG, Urt. v. 24. Juni 2010 – 3 C 30.09 –, juris Rn. 29). Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass durch die begrenzte Zulassung eines Mehrbesitzes von öffentlichen Apotheken weder die Arzneimittelsicherheit noch die Versorgungssicherheit gefährdet werden (BT-Drs. 15/1525, S. 160 Zu Nummer 3; BayVGH, Urt. v. 27. Mai 2011 – 22 BV 09.2402 –, juris Rn. 38). Es ist auch nicht ersichtlich, dass das Vorhaben der Kläger diesem Ziel abträglich wäre. Die gegenteilige Auffassung des Beklagten beruht allein darauf, dass fehlerhaft eine Gefährdung des eingeschränkten Mehrbesitz- und Fremdbesitzverbots bejaht und daraus auf eine Gefährdung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung geschlossen wird. Da das Vorhaben der Kläger zu keiner Apothekenkette, wie sie der Beklagte beschreibt, führt, bedarf keiner Entscheidung, ob die Arzneimittelversorgung durch eine derartige Kettenbildung gefährdet wäre.
- 38 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 10 Satz 1, § 711 ZPO.
- 39 Die Revision ist nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen, weil die Frage, ob § 8 Satz 1 und 4 i. V. m. § 2 Abs. 4 ApoG den einzelkaufmännischen Fortbetrieb einer Hauptapotheke neben dem Betrieb einer mit einer anderen Person in der Rechtsform der OHG betriebenen Filialapotheke zulässt, in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bislang nicht geklärt ist.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil steht jedem Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist beim Sächsischen Obergericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewährt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig schriftlich einzureichen.

Die Schriftform ist auch bei Übermittlung als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sowie der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) vom 24. November 2017 (BGBl. I 3803), die durch Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607, 4611) zuletzt geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung gewährt. Verpflichtet zur Übermittlung als elektronisches Dokument in diesem Sinne sind ab 1. Januar 2022 nach Maßgabe des § 55d VwGO Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse; ebenso die nach der Verwaltungsgerichtsordnung vertretungsberechtigten Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 55a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 VwGO zur Verfügung steht. Ist eine Übermittlung aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches Dokument nachzureichen.

Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Für das Revisionsverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Revision und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen.

In Angelegenheiten, die ein gegenwärtiges oder früheres Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis oder die Entstehung eines solchen Verhältnisses betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind auch Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder vertretungsbefugt. Vertretungsbefugt sind auch juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Diese Bevollmächtigten müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

gez.:

Dehoust

Drehwald

Groschupp