



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn Dr. J. F.

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwalt B. F.

- Kläger -
- Berufungskläger -

Rechtsanwälte K. & Partner

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch das Regierungspräsidium Leipzig
Braustraße 2, 04257 Leipzig

- Beklagter -
- Berufungsbeklagter -

wegen

Apothekenrechts

hat der 2. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Reich, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Munzinger und den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Pastor aufgrund der mündlichen Verhandlung

vom 8. Juni 2004

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 21. September 2000 - 4 K 2498/96 - geändert.

Es wird festgestellt, dass der Bescheid des Regierungspräsidiums Chemnitz vom 6.5.1996 und der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Chemnitz vom 21.11.1996 rechtswidrig waren.

Der Beklagte trägt die Kosten beider Rechtszüge.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass die Rücknahme der Apothekenbetriebserlaubnis und die Schließung der Apotheke im N. C. rechtswidrig waren und ihn in seinen Rechten verletzt.

Der Kläger beantragte unter dem 17.9.1994 die Betriebserlaubnis für eine Apotheke in C. (Einkaufszentrum N.). Hierzu überreichte er folgende Unterlagen:

1. Approbationsurkunde; 2. Erklärung, worin er u.a. versicherte: „...dass ich keine Rechtsgeschäfte vorgenommen oder Absprachen getroffen habe, die gegen § 8 Satz 2, § 9 Abs. 1, § 10 oder § 11 des ApoG verstoßen, ich keine weitere Apotheke betreibe oder keine Betriebserlaubnis für eine weitere Apotheke beantragt habe und dass gegen mich weder ein Strafverfahren noch ein berufsrechtliches Verfahren anhängig ist bzw. war“; 3. (Unter)Mietvertrag vom 13.09.1994 für gewerbliche Räume mit der M. -Verwaltungsgesellschaft mbH, M. (im Folgenden M.). Die Mietdauer war auf drei Jahre fest mit zweimaliger Option auf Verlängerung um jeweils weitere drei Jahre festgelegt. Der Mietzins betrug monatlich DM 14.800,00 im ersten und zweiten Mietjahr, DM 16.800,00 ab dem dritten Mietjahr zuzüglich Mehrwertsteuer; 4. Hauptmietvertrag zwischen der R. und C. (im folgenden R.) und der

M. über die Apothekenräumlichkeiten mit geschwärzten Angaben über den monatlich zu entrichtenden Mietzins.

Den am 13.9.1994 mit der D. Handels GmbH M. (im folgenden D.) geschlossenen Kaufvertrag über eine Apothekeneinrichtung zum Kaufpreis von DM 428.000,00 zuzüglich Mehrwertsteuer, (z.zt. 15 %) hat der Kläger dagegen nicht vorgelegt.

In einer weiteren Erklärung des Klägers vom 30.9.1994 führte er u.a. aus: „Außer den vorgelegten Verträgen bestehen keine anderen Verträge, die mit der Einrichtung oder dem Betrieb der Apotheke in Zusammenhang stehen (z.B. Treuhandverträge, Beraterverträge, Gesellschaftsverträge o.ä.)“. „Ich bin mir darüber im klaren, daß eine erteilte Betriebserlaubnis von der Behörde zurückgenommen werden muß, wenn diese Erklärung inhaltlich unzutreffend oder unvollständig ist und wenn ich mich bei meiner Berufsausübung für die Leitung einer Apotheke als unzuverlässig erwiesen habe. Ferner ist mir bewusst, dass eine erteilte Betriebserlaubnis auch dann widerrufen werden kann, wenn nachträglich Vereinbarungen getroffen werden, die gegen § 8 Satz 2, § 9 Abs. 1, § 10 oder § 11 ApoG verstoßen. Ich versichere die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben.“

Am 13.10.1994 wurde dem Kläger mit Wirkung zum 1.11.1994 die Erlaubnis zum Betrieb der Apotheke im N. C. erteilt.

Vor der Übergabe der Erlaubnis gab der Kläger am 26.10.1994 nach Belehrung über die Bedeutung und die strafrechtlichen Folgen einer unrichtigen oder unvollständigen eidesstattlichen Versicherung - eine als „Versicherung an Eides Statt“ bezeichnete Erklärung ab, die u.a. den folgenden Inhalt hat: „Ich habe keine Vereinbarung getroffen, die gegen § 8 Abs. 2, § 9 Abs. 1, § 10 oder 11 des Gesetzes über das Apothekenwesen verstößt, und werde den Kauf- oder Pachtvertrag über die Apotheke sowie auf Verlangen der zuständigen Behörde auch andere Verträge, die mit der Einrichtung und dem Betrieb der Apotheke im Zusammenhang stehen, vorlegen“.

Nachdem der Kläger die Umbenennung seiner Apotheke in „V. -Apotheke im N.“ beantragt hatte, erteilte der Beklagte antragsgemäß die Erlaubnis.

Mit Rundschreiben vom 25.9.1995 der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Apothekerkammern/Bundesapothekerkammer (BAK) an die für den Vollzug des Apothekengesetzes zuständigen Behörden in den Bundesländern wurde darüber informiert, dass der begründete Verdacht bestehe, ein Apotheker aus M. habe eine Apothekenkette etabliert. Nach Einsicht in die Ermittlungsakte betreffend den verdächtigen Apotheker S. hörte der Beklagte den Kläger zu einer beabsichtigten Rücknahme der Betriebserlaubnis an. Der Kläger ließ hierzu u.a. vortragen:

Er habe die Apotheke in eigener Verantwortung geleitet. Dies gehe schon daraus hervor, dass er alle Entscheidungen bezüglich Apothekenbetrieb, Personaleinsatz, Einsatz der finanziellen Mittel, Darstellung der Apotheke in der Öffentlichkeit etc. selbst treffe und verantworte. Dass er sich dabei beraten lasse, sei apothekenrechtlich nicht zu beanstanden. Dritte seien auch nie am Gewinn der Apotheke beteiligt gewesen. Aus den betriebswirtschaftlichen Daten könne der Vorwurf „Gewinnbeteiligung“ entkräftet werden. Eine Erklärung zu der eidesstattlichen Versicherung könne derzeit nicht abgegeben werden. Der Kläger habe eine Kopie nie erhalten. Im Übrigen stehe es dem Kläger als selbstständigen Unternehmer frei, eine Auswahl an Lieferanten zu treffen, die günstige Lieferkonditionen bieten. Die Apotheke sei von vier Lieferanten (A. , G. , P. AG, S.) beliefert worden. Dabei seien konsequent die günstigsten Angebote genutzt worden. Die Warenbezüge dieser vier Großhändler machten ca. zwei Drittel des Gesamtbezuges an Waren aus, ein Drittel sei direkt von der Industrie geliefert worden. Allein die Rabattgestaltung der Großhändler empfehle die Konzentration auf einen bzw. wenige Hauptlieferanten. Eine Jahresplanung mit exakten Vorgaben existiere nicht. Es sei völlig üblich, dass sich Apotheker in betriebswirtschaftlicher und steuerlicher Hinsicht beraten ließen bzw. Beratungsleistungen in Anspruch nähmen. Aus dem 80 %igen Garantiegewinn „würden völlig falsche Rückschlüsse“ gezogen. Die Zahl sei im Zusammenhang mit Personalkosten bei den Beratern gefallen und hänge damit zusammen, dass der Kläger zusätzlich zu seiner Tätigkeit als Apotheker promoviert habe und deshalb eine zeitliche Belastung „hypothetisch“ bei den Personalkosten angenommen worden sei. Bei der Erteilung der Betriebserlaubnis wie bei Abgabe der Erklärung vom 26.10.1994 hätten der Behörde alle geforderten Verträge (Kaufvertrag Einrichtung, Mietvertrag) vorgelegen. Der Leasingvertrag sei erst am 14.12.1994 abgeschlossen worden. Von der Behörde seien keine weiteren Verträge verlangt worden. Die Frage der Finanzierung sei bei Erteilung der Betriebserlaubnis nicht angesprochen worden. Richtig sei, dass eine Krankenschwester einen Raum und einen Opel Corsa, den der Kläger geleast habe, mitgenutzt habe. Als Gegenleistung werde die Kranken-

schwester für die Apotheke durch Botendienste etc. tätig. Es gehe um die Verwirklichung des V. -Homecare-Konzeptes. Sollte dies durch die Apothekenaufsicht beanstandet werden, werde um entsprechenden Hinweis gebeten.

Mit Bescheid vom 6.5.1996 wurde die mit Wirkung vom 1.11.1994 bzw. 24.11.1994 erteilte Erlaubnis für das Betreiben der V. -Apotheke zurückgenommen und dem Kläger aufgegeben, mit dem Tage der Zustellung dieses Bescheides die Apotheke geschlossen zu halten. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurde ein Zwangsgeld in Höhe von DM 5.000,00 angedroht. Außerdem wurde die sofortige Vollziehung dieses Bescheides angeordnet.

Zur Begründung bezog sich der Beklagte darauf, dass bei dem Kläger bei Erteilung der Betriebserlaubnis die gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG erforderliche Zuverlässigkeit nicht vorgelegen habe. Das ergebe sich aus Unterlagen der Steuerberater V. und Partner, aus denen hervorgehe, dass der Kläger einen bestimmten Garantiegewinn bei einem bestimmten Umsatz als Mindesteinkommen erhalte. Dieser habe für den Zeitraum vom 3.11. bis 31.12.1994 DM 10.000,00 und für das Jahr 1995 DM 90.000,00 betragen. Im Hinblick auf die Reduzierung der Arbeitszeit des Klägers auf 80 % sei ein Betrag von DM 72.000,00 festgesetzt worden. Für den Fall, dass der Umsatz über dem Plan sein sollte, sollte neu über den Garantiegewinn verhandelt werden. Bei einem Umsatz von DM 2.100.000,00 habe ein Gewinn von DM 100.000,00 garantiert werden sollen. Dass es sich hierbei nicht lediglich um betriebswirtschaftliche Empfehlungen, sondern um verbindliche Richtwerte gehandelt habe, machten die Formulierungen „Garantiegewinn bzw. Entnahmeanspruch“ deutlich. Aus einem Schreiben der Firma O. S., F. vom 9.5.1995 an G. S. gehe hervor, dass diesem für Wechselfinanzierungen als Sicherheit die Abtretung des Warenlagers und eines Rezeptgegenwertes in Höhe von DM 40.000,00 der jeweiligen Apotheken zugesagt worden sei. Der Hauptmietvertrag über die Apothekenräume, der zwischen der R. und der M. abgeschlossen worden sei, sei über zehn Jahre plus Option abgeschlossen worden, der Mietvertrag zwischen der M. und dem Kläger betrage nur drei Jahre plus einem zweimaligen Optionsrecht von jeweils drei Jahren. Der zwischen der S. GmbH (im folgenden S.) und dem Kläger abgeschlossene Leasingvertrag über die Apothekeneinrichtung vom 14.12.1994 - mit diesem wurde der Kaufvertrag mit der D. vom 13.9.1994 abgelöst - laufe über eine Dauer von 60 Monaten. Damit übersteige die Laufzeit des Leasingvertrages die Dauer des Mietvertrages um zwei Jahre. Dadurch stehe der Apotheker in einer Abhängigkeit. Aus einem Darlehnsantrag für die Apotheke ergebe sich, dass die Miete am Umsatz der Apo-

theke orientiert sei. Eine Selbstständigkeit des Klägers sei zu keinem Zeitpunkt gegeben gewesen. Die Höhe des Garantiegewinns entspreche einem Gehalt eines angestellten Apothekers. In einem Schreiben des Rechtsanwalts K. an einen Kollegen heiße es u.a.: „Ausgangspunkt für die „Apothekenkette“ sei, dass der eingesetzte Apotheker - jedenfalls nach außen - wirtschaftlich vollkommen selbstständig sei. Die Tatsache, dass er über die verschiedenen Verträge allerdings so gebunden, um nicht zu sagen „geknebelt“ sei, eröffne die Möglichkeit den Apotheker bzw. die Apothekerin zu steuern“. Das Wichtigste seien abweichende Vertragszeiten bzw. abweichende Kündigungsfristen der Verträge. In jedem Fall müsse die Kündigungsfrist des Mietvertrages kürzer sein als die Kündigungsfristen für alle übrigen Verträge. Kündige der Apotheker nämlich einen oder mehrere Verträge, so bestehe die Möglichkeit, den Mietvertrag zu kündigen mit der Folge, dass der Mietvertrag früher beendet sei als die übrigen Verträge. Der Apotheker sei also in jedem Fall in einem wirtschaftlichen Zugzwang. Die Verträge würden von verschiedenen Gesellschaften abgeschlossen, damit bei den Genehmigungsbehörden nicht gleich bei der Antragstellung der Verdacht aufkomme, es handele sich um eine „Strohmannapotheke“.

Der Kläger habe unter Verstoß gegen § 7 ApoG die Apotheke nicht eigenverantwortlich sondern als Angestellter geleitet und unter Verstoß gegen Bestimmungen des § 8 ApoG Vereinbarungen getroffen, bei denen Dritte am Gewinn bzw. am Umsatz der Apotheke orientierte Vergütungen gewährt worden seien, und sich durch vorsätzliche Verstöße gegen das ApoG, das Strafgesetzbuch und durch falsche Angaben gegenüber der zuständigen Behörde als unzuverlässig erwiesen.

Hiergegen erhob der Kläger am 7.5.1996 Widerspruch. Zugleich hatte er wegen der Anordnung des Sofortvollzugs einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO bei dem Verwaltungsgericht Chemnitz gestellt. Mit Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 31.5.1996 - 4 K 812/96 - wurde die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Klägers wiederhergestellt. Auf die Beschwerde des Beklagten wurde der Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz von dem Sächsischen Obergerverwaltungsgericht mit Beschluss vom 7.10.1996 - 2 S 379/96 - geändert und der Antrag des Klägers abgelehnt. Unter dem 17.10.1996 stellte der Kläger einen weiteren Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung sowie hilfsweise auf Gewährung von Vollstreckungsschutz. Dieser Antrag wurde von dem Verwaltungsgericht Chemnitz mit Beschluss vom 29.10.1996 - 4 K 2049/96 - abgelehnt. Ein am 28.10.1996 gestellter Antrag gemäß § 80

Abs. 7 VwGO - 4 K 2117/96 - wurde vom Verwaltungsgericht Chemnitz mit Beschluss vom 26.11.1996 abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wurde durch das Sächsische Obergerverwaltungsgericht - 2 S 379/96 - am 11.3.1997 zurückgewiesen. Die gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 26.10.1996 und den Beschluss des Obergerverwaltungsgerichts vom 7.10.1996 erhobene Verfassungsbeschwerde - 1 BvR 87/97 - wurde mit Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.3.1997 nicht zur Entscheidung angenommen.

Nach Zugang der ablehnenden Entscheidung des Obergerverwaltungsgerichts am 17.10.1996 hielt der Kläger gleichwohl seine Apotheke weiterhin geöffnet. Daraufhin wurde das androhte Zwangsgeld in Höhe von DM 5.000,00 mit Bescheid vom 4.11.1996 festgesetzt. Zugleich wurde für den Fall der Zuwiderhandlung ein weiteres Zwangsgeld in Höhe von DM 10.000,00 angedroht, falls die Apotheke nicht bis spätestens 8.11.1996 geschlossen werde. Nachdem am 13.11.1996 festgestellt wurde, dass die Apotheke nach wie vor geöffnet war, wurde mit Bescheid vom 18.11.1996 das androhte Zwangsgeld in Höhe von DM 10.000,00 festgesetzt und für den Fall der Zuwiderhandlung die Schließung der Apotheke im Wege der Ersatzvornahme androht. Nachdem die Apotheke weiterhin geöffnet blieb, hat der Beklagte am 26.11.1996 die Apotheke im Wege der Ersatzvornahme geschlossen. Einen Antrag auf Erteilung einer neuen Betriebserlaubnis lehnte der Beklagte am 31.7.1997 ab. Am 25.7.1997 kündigte die M. das Untermietverhältnis mit dem Kläger wegen Zahlungsverzuges fristlos. Zum 31.8.1997 stellte der Kläger den zwischenzeitlich in den Räumlichkeiten der Apotheke betriebenen Drogeriebetrieb ein.

Mit Bescheid vom 21.11.1996 wurde der Widerspruch zurückgewiesen.

Ergänzend zu der Ausgangsentscheidung hob der Beklagte hervor, dass die fehlende Zuverlässigkeit des Klägers sich in erster Linie an der öffentlichen Aufgabe des § 1 Abs. 1 ApoG und der Apothekenbetriebsordnung und den darin aufgeführten Berufspflichten zu orientieren habe. Hierzu gehöre auch § 7 ApoG, wonach der Apotheker zur persönlichen und eigenverantwortlichen Leitung der Apotheke verpflichtet sei. Das betreffe nicht nur den pharmazeutischen, sondern auch den rechtlichen und wirtschaftlichen Bereich. Die Regelung bezwecke, dass Personen, die für die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung keine Verantwortung tragen, kein Einfluss auf die Führung von Apotheken eingeräumt werden solle, um auf diese Weise sicherzustellen, dass die im öffentlichen Interesse an der Erhaltung der Volksgesund-

heit liegende Arzneimittelversorgung sachgerecht wahrgenommen werde. Bezüglich des verschwiegenen Kaufvertrages über die Apothekeneinrichtung sei dem Kläger offensichtlich bekannt gewesen, dass der Kaufvertrag in absehbarer Zeit durch einen Leasingvertrag ersetzt werden sollte. Diese Konstruktion könne daher nur als Scheingeschäft gewertet werden, dessen einzige Zweckbestimmung es gewesen sei, unter Verschweigen des tatsächlichen Sachverhalts etwaige Probleme bei der Erlaubniserteilung von vornherein auszuschließen. Nach Ablauf der Leasingzeit, spätestens jedoch nach Ablauf des Untermietvertrages unter Ausübung des zweimaligen Optionsrechts, verliere der Kläger die Verfügungsgewalt über die Apotheke. Dies mache auch deutlich, dass der Kläger in wirtschaftlicher Hinsicht zu keinem Zeitpunkt die freie Verfügungsgewalt über die Apotheke gehabt und aufgrund der daraus resultierenden Abhängigkeitsverhältnisse als angestellter Apotheker zu betrachten sei. Daran ändere auch der zwischenzeitlich vorgelegte Anschluss-Leasingvertrag mit Eigentumsübergang nichts. Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Klägers werde auch durch eine von ihm selbst am 24.11.1995 erstellte und unterschriebene Aufstellung offener Rechnungen dokumentiert, die von ihm auf schriftliche Anforderung der M. erstellt wurde. Danach hätten die Mietrückstände gegenüber der M. für den Zeitraum Februar bis September 1995 DM 143.520,00 betragen. Insgesamt betrugen die gegenüber der Firma D. offenen Rechnungen DM 108.750,39. Mithin beliefen sich zum 30.9.1995 die Rückstände auf insgesamt DM 252.270,39. Bei Verbindlichkeiten in dieser Größenordnung könne von einer wirtschaftlichen Unabhängigkeit nicht mehr ausgegangen werden. Der Kläger habe zumindest zum damaligen Zeitpunkt unter dem beherrschenden Einfluss der vorgenannten Firmen und damit des hinter diesen Firmen stehenden Herrn S. gestanden, die ihm kaum noch einen wirtschaftlich-finanziellen Freiraum gelassen hätten. Im Falle einer außerordentlichen Kündigung, die wegen der Mietrückstände möglich gewesen wäre, wäre der Kläger überdies gemäß § 9 des Untermietvertrages verpflichtet gewesen, den bei der Überlassung der Mietsache vorgefundenen baulichen Zustand wiederherzustellen, wodurch weitere Kosten auf ihn zugekommen wären. Zudem wäre der Kläger im Falle einer fristlosen Kündigung weiterhin an seine Verpflichtung aus dem Leasingvertrag gebunden gewesen. Auf dem Umweg über bestehende Rabattvereinbarungen habe Herr S. zudem über die Bestellungen der zur Apothekenkette gehörenden Apotheken umsatzabhängige Gewinne abgeschöpft. Darin liege eine rechtswidrige, am Umsatz der Apotheke des Klägers ausgerichtete Vereinbarung, die gegen § 8 Satz 2 ApoG verstoße. Allein in den Monaten April 1995 und Juli 1995 habe Herr S. für „Beratungstätigkeit zur Umsatzsicherung“ einen Betrag von insgesamt DM 177.499,25 der Firma S. in Rechnung gestellt.

Am 11.12.1996 erhob der Kläger gegen den Bescheid des Beklagten vom 6.5.1996 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.11.1996 Klage vor dem Verwaltungsgericht Chemnitz. Mit Schriftsatz vom 14.12.1998 wurde die Klage umgestellt. Der Kläger beantragte nunmehr die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Bescheide.

Mit der Kündigung des Mietverhältnisses sei die objektbezogene Apothekenbetriebserlaubnis gegenstandslos geworden. Er habe ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Rücknahmeverfügung, weil diese mit dem implizierten Vorwurf mangelnder Zuverlässigkeit diskriminierender Art sei, ihn in seinem beruflichen Werdegang erheblich behindere und damit seine grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit fortdauernd beeinträchtige. Schließlich erwäge der Kläger die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches im Zivilrechtsweg.

Er habe bei Erteilung der Apothekenbetriebserlaubnis die für den Betrieb der Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besessen und diese auch in der Folgezeit nicht eingebüßt. Für die Entscheidung über die Zuverlässigkeit komme es entscheidend darauf an, ob eine Gefährdung des verfassungsrechtlich verankerten Rechts auf Leben und Gesundheit oder der einfach gesetzlich positivierten Ordnungsmäßigkeit der Arzneimittelversorgung zu befürchten sei, zumal beide Elemente für den Apothekenbetrieb zwar wesentlich, nicht aber gleichwertig seien. Vielmehr seien Pflichtverletzungen eines Apothekers, die Leben und Gesundheit gefährden, schwerwiegend, während solche ordnungsrechtlicher Natur einen weniger schweren Vorwurf erlaubten. Die differenzierende Tragweite der Pflichtverletzung müsse sich folglich bei der Auswahl der Sanktionen widerspiegeln, solle nicht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt werden. Der Kläger habe weder gegen § 7 noch gegen § 8 ApoG verstoßen.

Irgendwelche Vereinbarungen des Klägers mit dem Apotheker S. persönlich oder seinen Firmen M. oder D., in denen diesen eine Umsatz- oder Gewinnbeteiligung versprochen oder zugesagt worden wäre, habe es nie gegeben. Insbesondere habe der Mietvertrag mit der Firma M. dieser keine Abschöpfung der Erträge ermöglicht. Gegen die Festmietzeit von drei Jahren und den sich daran anschließenden Optionen für die Verlängerung des Mietverhältnisses sprächen apothekenrechtlich keine Bedenken. Der Kläger habe überdies nicht auf seine Verlängerungsoption des Mietverhältnisses verzichtet, sondern sein mietvertraglich vereinbartes Recht noch am 13.10.1996 ausgeübt. Auch bezogen auf die

Miethöhe sei der Mietvertrag mit Blick auf den nur geringen Untermietaufschlag von DM 1.627,60 in den beiden ersten Jahren, der im dritten Jahr auf DM 3.627,60 erhöht worden war, nicht auf die Abschöpfung der Apothekenerträge gerichtet gewesen. Ferner habe der Kläger weder ausdrücklich noch stillschweigend eine in Prozenten vom Umsatz der Apotheke abhängige Miete vereinbart noch sei der Vermieterin ein Sonderkündigungsrecht für den Fall eingeräumt worden, dass er einen bestimmten Umsatz nicht erreiche. Eine Möglichkeit der Ertragsabschöpfung ergebe sich ferner nicht über den Leasingvertrag zur Finanzierung der Apothekeneinrichtung. Die vom Kläger abgeschlossenen Verträge begründeten keine Abhängigkeiten über das Maß an Verpflichtungen nach dem Wortlaut der Vertragsurkunden hinaus. Wie der Kläger erst im Zuge dieses Verfahrens erfahren habe, habe Herr S. offenbar für die Vermittlung von Kundenkontakten Provisionen von dem Großhandelsunternehmen P. AG bekommen. Im Übrigen sei der Kläger über eine Empfehlung der Firma S., Leipzig (P.) hinaus nicht in der Wahl seiner pharmazeutischen Lieferanten beschnitten worden. Schließlich sei das Profil der Apotheke im N. nicht durch ein fremdes Marketingkonzept geprägt worden. So habe der Kläger neben dem V.-Journal weitere Kundenzeitschriften bezogen. Der Kläger habe auch keinen Beratervertrag gehabt und stehe deshalb auch nicht wegen säumiger Beratungsgebühren, wie sie in erstaunlichen Höhen aktenkundig von anderen Betroffenen gefordert worden seien, im Streit. Damit ergebe sich zugleich, dass der Kläger weder in einem franchise-ähnlichen Verhältnis noch als Strohmann die Apotheke im N. betrieben habe. Auch die Schlussfolgerung, die der Beklagte in Übereinstimmung mit der ABDA und BAK aus den Aufzeichnungen des Rechtsanwalts K. hinsichtlich eines „Gesamtkonzeptes-Apothekenkette“ zitiere, seien fehlinterpretiert worden. Der Kläger habe auch keine falsche eidesstattliche Versicherung abgegeben.

Mit Urteil vom 21.9.2000 - 4 K 2498/96 - wies das Verwaltungsgericht Chemnitz die Klage ab. Die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage sei unbegründet. Zwar hätten zum Zeitpunkt der Erteilung der Betriebserlaubnis die erforderlichen Voraussetzungen vorgelegen, insbesondere sei dem Kläger zu diesem Zeitpunkt der Vorwurf einer strafrechtlichen oder schweren sittlichen Verfehlung nicht anzulasten, noch habe er im Zeitpunkt der Erlaubniserteilung gröblich oder beharrlich gegen Regelungen des Apothekengesetzes, der Apothekenbetriebsordnung oder sonstige mit dem Betrieb einer Apotheke im Zusammenhang stehende Rechtsvorschriften verstoßen. Die dem Kläger erteilte Apothekenbetriebslaubnis habe aber nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ApoG widerrufen werden können. Insofern sei der wegen Bezugnahme auf eine falsche Rechtsgrundlage fehlerhafte Verwaltungsakt gemäß § 1 SächsVwVfG i.V.m. §

47 Abs. 1 VwVfG umzudeuten. Die Rücknahme einer Apothekenbetriebserlaubnis nach § 4 Abs. 1 ApoG sei, ebenso wie der auf § 4 Abs. 2 Satz 1 ApoG gestützte Widerruf, auf den Entzug der Apothekenbetriebserlaubnis gerichtet. Die Widerrufsmöglichkeit der Betriebserlaubnis nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ApoG sei auch gegeben, denn der Kläger habe jedenfalls zum Zeitpunkt des Entzuges der Betriebserlaubnis durch den Beklagten die erforderliche Zuverlässigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG nicht mehr besessen, da er gröblich und beharrlich zumindest gegen § 7 Satz 1 ApoG verstoßen habe. § 7 Satz 1 ApoG gehe von dem Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke aus. Aufgrund der vertraglichen Konstellation sei die Entscheidungsfreiheit des Klägers so erheblich eingeschränkt gewesen, dass von einer eigenverantwortlichen Leitung der Apotheke nicht mehr die Rede habe sein können. Dies ergebe sich durch die Zusage eines Garantiegewinns seitens des Apothekers S. . Der Kläger habe in seiner Vernehmung vor der Staatsanwaltschaft Bielefeld am 22.5.1997 diese Vereinbarung über einen Garantiegewinn im Wesentlichen bestätigt. Insoweit habe er eingeräumt, dass jedenfalls bei dem am 17.6.1995 mit dem Steuerberater V. und dem Apotheker S. stattgefundenen Gespräch eine entsprechende Vereinbarung getroffen worden sei, so dass diese Unterlagen danach eindeutig der Apotheke des Klägers zuordenbar seien. Die Kammer sei darüber hinaus der Auffassung, dass die Vereinbarung des Garantiegewinns als Höchstentnahme gedacht war. Ein selbstständiger und eigenverantwortlicher Apotheker sei nicht auf die Tolerierung von Entnahmen angewiesen, wenn er seine Apotheke eigenverantwortlich betreibe. Ein weiteres, die wirtschaftliche Abhängigkeit des Klägers bestimmendes Element sei die zwischen ihm und dem Apotheker S. getroffene Stundungsvereinbarung hinsichtlich der aus den mit den Firmen M. und D. geschlossenen Verträge bzw. der dadurch aufgelaufenen Verbindlichkeiten gewesen. Insoweit seien dem Kläger im Vergleich zu einem ungebundenen Apotheker zunächst wiederum erhebliche wirtschaftliche Lasten und Risiken abgenommen worden. Gleichzeitig habe er sich jedoch erhöhtem wirtschaftlichen Druck ausgesetzt. Je höher die aufgelaufenen Summen waren, desto größer sei das Risiko im Fall des Wegfalls der Stundung gewesen. Die Verbindlichkeiten hätten nicht mehr getilgt werden können, was eventuell zur Insolvenz geführt hätte. Hinzukomme die Gestaltung des Untermietvertrages im Vergleich zum Hauptmietvertrag. Schließlich sei der Leasingvertrag über die Apothekeneinrichtung zwischen dem Kläger und der Firma S. so ausgestaltet gewesen, dass der Kläger nach Ablauf der Leasingzeit die Apothekeneinrichtung hätte zurückgeben müssen. Diese wäre dann aufgrund der Ankaufvereinbarung der D. zugefallen, was dazu geführt hätte, dass dem Kläger die Arbeitsgrundlage entzogen worden wäre. Damit wäre er erheblichem wirtschaft-

lichen und finanziellen Druck seitens der D. ausgeliefert gewesen. Entsprechendes sei hinsichtlich des Leasingvertrages zwischen dem Kläger und der G. über den Personalcomputer plus Peripherie anzumerken. Der zwischen dem Kläger und der D. abgeschlossene Softwarenutzungsvertrag habe überwiegend dazu gedient, die Gewinne der Apotheke abzuschöpfen. Über die doppelte Vertragsgestaltung, nämlich Softwarenutzungsvertrag mit D. und Wartungsvertrag mit der Firma A. , habe zu Gunsten der Firma D. sichergestellt werden sollen, dass der Kläger Instandsetzungen über die Firma A. und den diesbezüglichen Wartungsvertrag vornehmen lasse. Somit seien über den Wartungsvertrag faktisch die Vermieterpflichten aus dem Softwarenutzungsvertrag mit abgedeckt gewesen, weil sie die Risiken der D. , auf Instandsetzung in Anspruch genommen zu werden, minimiert habe.

Auch die Eingliederung des Klägers in das sogenannte V. -Konzept lasse auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit schließen. Das Marketingkonzept sei an ein Franchisekonzept angelehnt. Im vorliegenden Fall habe eine Abnahmepflicht des V. -Journals sowie eine Bindung an den Hauptlieferanten, die P. AG, insbesondere die Firma S. bestanden. Darüber hinaus seien konkrete Verhaltenspflichten bezüglich der Einrichtung und des Erscheinungsbildes der Apotheke insgesamt und der Berufskleidung gefordert worden. Das ergebe sich aus einem sogenannten „Apotheken-Besuchs-Check“ seitens der D. . Daraus werde deutlich, dass der Entscheidungsspielraum des Klägers hinsichtlich des Erscheinungsbildes seiner Apotheke eingeschränkt gewesen sei. Dies sei auch durch Apothekertaugungen bestärkt worden. Zudem habe die Bindung des Klägers an die Firma S. es ermöglicht, klägerische Gewinne abzuschöpfen. So habe ein Mitarbeiter der Firma S. gegenüber der Staatsanwaltschaft Bielefeld ausgesagt, dass von den in der Branche durchaus üblichen Rabatten von ca. 10 % lediglich 6 % den jeweiligen Apotheken zu Gute gekommen und die restlichen 4 % direkt an den Apotheker S. als Provision für den Vertragsabschluss geflossen seien.

Der dem Kläger anzulastende Verstoß sei auch gröblich und beharrlich. Insbesondere die Vereinbarung eines Garantiegewinns mit entsprechenden Stundungsvereinbarungen stelle einen eklatanten Verstoß gegen § 7 Satz 1 ApoG dar. Dem Kläger sei darüber hinaus anzulasten, dass er sich durch ein umfangreiches Vertragsgeflecht in die Abhängigkeit des Apothekers S. begeben habe. Der Kläger habe sich auch zunächst nach Rücknahme der Apothekenbetriebserlaubnis nicht veranlasst gesehen, sich von dem besagten Vertragsgeflecht zu

lösen. Erst im November 1996 seien seitens des Klägers konkrete Vorschläge unterbreitet worden, die jedoch unter der aufschiebenden Bedingung gestanden hätten, dass der Sofortvollzug der Schließungsanordnung ausgesetzt werde. Der Kläger habe sich insoweit nicht bedingungslos von besagten Firmen losgesagt, was den Vorwurf des beharrlichen Verstoßes gegen § 7 Satz 1 ApoG selbst in der Folgezeit und somit den Vorwurf der Unzuverlässigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG bekräftige. Bei dem Widerruf handele es sich um eine gebundene Entscheidung, bei der für eine gesonderte Prüfung der Verhältnismäßigkeit kein Raum bleibe. Die angefochtene Entscheidung verstoße auch nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Auf Antrag des Klägers hat der erkennende Senat durch Beschluss vom 25.6.2003 - 2 B 746/00 - die Berufung zugelassen.

Zur Begründung der Berufung macht der Kläger geltend, er habe weder gegen § 7 Satz 1 noch gegen § 8 Satz 2 ApoG verstoßen.

Das Verwaltungsgericht habe hinsichtlich § 7 Satz 1 ApoG das Betreiben einer Apotheke mit deren Leitung verwechselt. Die eigenverantwortliche Leitung einer Apotheke sei von dem Betrieb derselben zu unterscheiden. Der Gesetzgeber habe deshalb aus einer wirtschaftlichen Abhängigkeit gerade nicht auf eine fehlende Eigenverantwortlichkeit bei der Leitung schließen wollen. Es komme allenfalls in Betracht, dass nicht der Kläger, sondern der Apotheker S. die Apotheke betrieben habe oder zumindest bestimmenden Einfluss auf den Betrieb der Apotheke hatte oder am Gewinn und Verlust der Apotheke aufgrund einer Teilhaberschaft beteiligt gewesen sei. Das wäre ein Verstoß gegen § 8 ApoG, unter den freilich selbst das Verwaltungsgericht den Sachverhalt nicht habe subsumieren wollen. Der Beklagte subsumiere die gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe bereits nicht exakt unter den Begriff der Betreiber-schaft. Er schließe aus verschiedenen, mit dem Apotheker S. und Dritten getroffenen Vereinbarungen, dem Kläger sei einerseits das wirtschaftliche Risiko des Apothekenbetriebs genommen worden, andererseits sei aufgrund der Vereinbarungen eine Gewinnabschöpfung „ermöglicht“ worden. Die diesbezügliche Argumentation des Beklagten sei jedoch nicht haltbar. Ergebnis einer konsequenten Übersetzung dieser Auffassung wäre die Schließung einer Vielzahl von Apotheken.

Es treffe nicht zu, dass dem Kläger durch die Vereinbarung eines „Garantiegewinns“ und durch die Stundungsvereinbarung das wirtschaftliche Risiko des Apothekenbetriebs genom-

men worden sei. Tatsache sei vielmehr, dass der Kläger - wie viele andere Apotheker auch - den Betrieb seiner Apotheke zu Beginn seiner Tätigkeit zu einem erheblichen Teil fremdfinanzieren musste, um die aus den hohen Investitionen bei anfänglich geringem Umsatz resultierenden Anlaufverluste finanzieren zu können. Er sei hinsichtlich seiner Verbindlichkeiten jedoch im Innen- und im Außenverhältnis stets allein berechtigt und verpflichtet gewesen. Seine Vermögenslage habe sich also völlig unabhängig von den angeblichen „Garantiegewinnen“ und den Stundungsvereinbarungen entwickelt. Nach Schließung der Apotheke habe der Kläger auch zu spüren bekommen, wie sich die eingegangenen Verpflichtungen für ihn ausgewirkt hätten. Derartige Vereinbarungen seien bei anfänglich fremdfinanzierten Unternehmen auch mit Banken üblich und würden gewöhnlich über einen Betriebsmittelkredit finanziert. Abreden über sogenannte „Maximaleinkommen“ seien auch angesichts des erheblichen finanziellen Aufwandes des Kapitalgebers, der ein Eigeninteresse daran habe, dass sich das Konsumverhalten des Schuldners der Ertragslage anzupassen habe, nicht als Gewinnabschöpfung zu betrachten. Die Annahme, dass es sich bei dem V. -Konzept um ein dem Franchisekonzept angenähertes Marketingkonzept handele, habe keine Grundlage. Der Kläger sei vielmehr froh über die Marketingunterstützung und Buchhaltung gewesen. Das ändere nichts an seiner Eigenverantwortlichkeit. Der Kläger hätte auch für den Fall der Nichtumsetzung des Konzepts nichts zu befürchten gehabt. Die Einschränkungen der Handlungsspielräume des Klägers hätten sich daraus ergeben, dass er auf Fremdkapital angewiesen sei, um den Betrieb der Apotheke in Gang zu setzen. Das schränke den Handlungsspielraum jedoch unabhängig von der Person des Kreditgebers ein, wäre also auch bei Inanspruchnahme eines Überziehungskredites zur Sicherstellung der Liquidität nicht anders gewesen. Die in diversen Unterlagen verwendeten Begriffe wie „Garantiegewinn oder Maximalentnahme“ suggerierten zwar begrifflich, dass der Apotheker S. ein Mitspracherecht über die Verwendung der Gewinne aus der Apotheke gehabt habe. Tatsächlich folge daraus jedoch lediglich, dass der Kläger aufgrund des nicht unerheblichen finanziellen Risikos für seine Kapitalgeber Zusagen für sein Konsumverhalten machte. Das gleiche gelte für die Verträge mit den Firmen M. , S. , D. , S. und G. . Auch habe sich keine Einschränkung der Handlungsfreiheit des Klägers aus der unterschiedlichen Laufzeit von Haupt- und Untermietvertrag und im Verhältnis dazu den Leasingverträgen ergeben. Dem Kläger habe es einseitig zugestanden, den Untermietvertrag um zweimal drei Jahre zu verlängern. Der Kläger sei auch davon ausgegangen, dass er nach Ablauf der Leasingzeit in der Lage gewesen wäre, Ersatzanschaffungen vorzunehmen, wenn Herr S. für die von ihm angekauften Leasinggüter unangemessene Preise verlangt hätte. Es treffe auch nicht zu, dass der Kläger in

irgendeiner Weise an die Firma S. gebunden gewesen sei. Das Verwaltungsgericht Chemnitz unterstelle, dass die Preise der Firma S. denen anderer Großhändler entsprochen hätten und diese auch 10 % Rabatte gegeben hätten, während die Firma S. dem Kläger bei gleichen Preisen 6 % gewährt habe, um die restlichen 4 % an Herrn S. auszuschütten. Diese Annahme bleibe jedoch ohne Beleg, sie sei in der Sache auch falsch. Der Kläger hätte - nach seinen damaligen Erkenntnissen - nirgendwo günstiger einkaufen können als bei der Firma S. . Einen Zwang dazu habe es nicht gegeben.

Nichts anderes gelte für den Nutzungs- und Wartungsvertrag hinsichtlich der Computeranlage und der Software. Das Verwaltungsgericht meine insoweit, dass die D. die Aufgaben aus den mit A. geschlossenen Wartungsvertrag habe erfüllen müssen. Es verhalte sich aber so, dass der Vermieter einer Sache zunächst einmal nur die Gebrauchsüberlassung schulde, während die Weiterentwicklungen (Updates) Gegenstand eines Wartungsvertrages seien. Dass der Wartungsvertrag darüber hinaus auch das Erhalten der Gebrauchsfähigkeit regele, möge eine Überschneidung darstellen. Konsequenzen für eine gemutmaßte Gewinnabschöpfung ergäben sich daraus jedenfalls nicht. Auch die Leasingverträge ohne Kaufoption führten nicht zu dem Ergebnis einer besonderen wirtschaftlichen Abhängigkeit. Leasing ohne Kaufoption bringe den steuerlichen Vorteil, dass der Leasingnehmer die Leasingaufwendungen in vollem Umfang als Betriebsausgaben absetzen könne, während die Anschaffungskosten bei einem Kauf über regelmäßig viel längere Zeiträume lediglich linear abgeschrieben werden könnten. Der steuerliche Aspekt setze zwingend voraus, dass der Leasingnehmer die Sache nach Ablauf der Leasingzeit weder behalten noch ankaufen könne.

Selbst wenn man unterstellte, es habe sich vorliegend um eine Verletzung der Vorschriften der §§ 7, 8 ApoG gehandelt, liege darin jedenfalls kein gröblicher oder beharrlicher Verstoß gegen bestehende Vorschriften. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts sei im Übrigen auch dann aufzuheben, wenn der Kläger tatsächlich nicht als - alleiniger - Betreiber der Apotheke anzusehen sei. Das ergebe sich daraus, dass es eine unzulässige Beschränkung der Berufsausübung bedeuten würde, einem Apotheker den Betrieb mehrerer Apotheken zu verbieten. Der Kläger sei von fast 40 Apothekern der „S. -Gruppe“ der einzige, dem die Berufsausübung im Wege des Sofortvollzugs unmöglich gemacht und dessen wirtschaftliche Existenz auf diese Weise zerstört worden sei. Selbst der Apotheker S. habe seine eigene Apotheke ununterbrochen betreiben können. Der Nachfolger des Klägers in der Apotheke im

N. habe im Wesentlichen die Verträge des Klägers, z.B. den Leasingvertrag betreffend die Möbel übernommen. Bürge für den Leasingvertrag sei kein anderer als Herr S. .

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 21.9.2000 - 4 K 2498/96 - festzustellen, dass die mit Bescheid vom 6.5.1996 - 74/5486.20-61.46 - in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.11.1996 - 74/5486.20/96761.46 - durch das Regierungspräsidium Chemnitz verfügte Rücknahme der Apothekenbetriebslaubnis und die Schließung der (V. -)Apotheke im N. , C. , rechtswidrig waren und den Kläger in seinen Rechten verletzen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Hierzu wird vorgetragen:

Der Kläger habe für die Fortsetzungsfeststellungsklage kein Rechtsschutzbedürfnis. Das Verwaltungsgericht habe auch zu Recht die Klage für unbegründet gehalten. Der Kläger habe gegen §§ 7, 8 ApoG verstoßen. Die Erlaubnis sei daher gemäß § 4 Abs. 1, 2 ApoG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG zurückzunehmen gewesen. Der Kläger habe mit dem Apotheker S. Vereinbarungen getroffen, die gegen § 8 ApoG verstoßen hätten. Dabei sei nach dem gesetzlichen Wortlaut davon auszugehen, dass „Betrieb und Leitung“ einer Apotheke dasselbe seien. § 7 ApoG verpflichte zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung. Wie sich aus den Akten der Staatsanwaltschaft Bielefeld ergebe, habe der Kläger diese Pflicht nicht erfüllt. Auch wenn der Kläger nunmehr beteuere, sich vom Apotheker S. losgelöst zu haben, begründe dies noch nicht die Zuverlässigkeit i.S.v. § 2 ApoG aus heutiger Sicht. Der Kläger habe im Zeitraum von der Rücknahme der Erlaubnis zum Betrieb der Apotheke am 6.5.1996 bis zur Schließung der Apotheke im Wege der Ersatzvornahme am 26.11.1996 gegen § 1 Abs. 2 ApoG verstoßen. Er habe sich damit gemäß § 23 ApoG strafbar gemacht. Trotz der Erkenntnis der Rücknahme der Erlaubnis und der Androhung von Zwangsgeld und der zweimaligen Festsetzung von Zwangsgeldern in Höhe von DM 5.000,00 und DM 10.000,00 habe der Kläger unbeeindruckt seine Apotheke weiterbetrieben. Er habe damit gröblich und beharrlich gegen § 1 Abs. 2 ApoG verstoßen.

Dem Gericht liegen die einschlägigen Behördenakten, Auszüge aus den staatsanwaltlichen Ermittlungsakten und die verwaltungsgerichtlichen Akten der Eil- und des Klageverfahrens vor. Hierauf und auf die Gerichtsakten wird verwiesen.

Entscheidungsgründe

Auf die Berufung des Klägers ist das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 21.9.2000 abzuändern und festzustellen, dass der Bescheid des Regierungspräsidiums Chemnitz vom 6.5.1996 und dessen Widerspruchsbescheid vom 21.11.1996 rechtswidrig waren.

I. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig. Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der zwischenzeitlich erledigten Bescheide, da der darin ausgesprochene Mangel seiner für den Betrieb einer Apotheke erforderlichen Zuverlässigkeit i.S.v. § 2 Abs. 1 Ziff. 4 ApoG als grundrechtsrelevanter Eingriff auch zukünftig seine Rechtsposition beeinträchtigen kann.

II. Die Berufung ist begründet. Das Verwaltungsgericht Chemnitz hat zu Unrecht die Fortsetzungsfeststellungsklage abgewiesen, da die Bescheide rechtswidrig waren und den Kläger in seinen Rechten verletztten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

1. Die angefochtenen Bescheide fanden keine Grundlage in § 4 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Ziff. 4 ApoG. Danach ist eine Apothekenerlaubnis zurückzunehmen, wenn bei ihrer Erteilung eine der Voraussetzungen nach § 2 ApoG nicht vorgelegen hat. Die Apothekenerlaubnis ist u.a. zu erteilen, wenn der Antragsteller die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besitzt; dies ist nicht unter den im Gesetz genannten Maßgaben der Fall.

Der Kläger hat im Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besessen.

a) Dem Kläger wurde am 13.10.1994 mit Wirkung zum 1.11.1994 die Betriebserlaubnis erteilt. Die persönliche Aushändigung der Betriebserlaubnis erfolgte am 26.10.1994. Auf diesen Zeitpunkt ist abzustellen. Der Kläger müsste in nachgewiesener Weise zu diesem Zeitpunkt

die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besessen haben. Dies ist jedoch nicht der Fall. Davon ist zu Recht auch das Verwaltungsgericht ausgegangen.

Soweit in den angefochtenen Bescheiden auf Verstöße des Klägers gegen Bestimmungen des § 7 ApoG - die Führung der Apotheke ohne Eigenverantwortlichkeit - und auf Verstöße gegen Bestimmungen des § 8 ApoG - Gewährung einer am Gewinn bzw. am Umsatz der Apotheke orientierten Vergütung an Dritte - wegen unterschiedlicher Laufzeiten zwischen Mietvertrag und Leasingvertrag abgestellt wurde, liegen die den Vorwürfen zugrunde liegenden Sachverhalte später als der maßgebliche Zeitpunkt. Dies gilt ebenso für die auf Unterlagen der Steuerberater V. & Partner sich stützenden Vorwürfe aufgrund einer Apotheken- und Beraterrechnung des Herrn S. an die Firma S. samt einer damit verbundenen Rabattierung und bezüglich des Vorwurfs der Orientierung der Miete am Umsatz, sich ergebend aus einem Darlehnsantrag.

b) Zum maßgeblichen Zeitpunkt ist allenfalls die Nichtvorlage des Kaufvertrages nachgewiesen. Nach den Behördenakten hat der Kläger den am 13.9.1994 mit der D. geschlossenen Kaufvertrag über eine Apothekeneinrichtung zum Kaufpreis von 428.000,00 DM der Erlaubnisbehörde nicht vorgelegt. In dem Antrag auf Erteilung einer Betriebserlaubnis am 17.9.1994 wird dieser Kaufvertrag als Anlage nicht benannt. In der zum Antrag auf Erstellung der Betriebserlaubnis abgegebenen Erklärung vom 30.9.1994 wurde durch den Kläger ausgeführt, dass außer den vorgelegten Verträgen keine anderen Verträge, die mit der Einrichtung oder dem Betrieb der Apotheke im Zusammenhang stünden, bestehen würden. In der vor der Übergabe der Erlaubnis am 26.10.1994 erfolgten Versicherung an Eides statt erklärte der Kläger u.a., er werde den Kauf- oder Pachtvertrag über die Apotheke sowie auf Verlangen der zuständigen Behörde auch andere Verträge, die mit der Einrichtung und dem Betrieb der Apotheke im Zusammenhang stünden, vorlegen.

Andererseits führte der Kläger unter Wiederholung seines Vortrags in der mündlichen Verhandlung des Verwaltungsgerichts auch in der Berufungsverhandlung aus, dass er den Kaufvertrag damals mit vorgelegt habe. Der Antrag auf Erteilung einer Betriebserlaubnis vom 17.9.1994 ging zunächst, entsprechend der Adressierung, an die Apothekerkammer Sachsen, die den Antrag zuständigkeitshalber an das Regierungspräsidium Chemnitz weitergereicht hatte. Seinen Vortrag, er habe den Kaufvertrag auch beigelegt, stützte der Kläger in der Berufungsverhandlung mit Einzelheiten zur Papierfarbe und über die mit der Annahme des An-

trags befasste weibliche Person ab. Damit ist nicht mit letzter Sicherheit der Nachweis zu führen, dass der Kläger den Kaufvertrag nicht vorgelegt hat. Selbst wenn er den Vertrag nicht vorgelegt hätte, nimmt ihm dies aber nicht die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit.

Dazu müssen Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit im Bezug auf das Betreiben einer Apotheke dartun, insbesondere wenn strafrechtliche oder schwere sittliche Verfehlungen vorliegen, die den Antragsteller für die Leitung einer Apotheke ungeeignet erscheinen lassen. Dies ist nach der zum maßgeblichen Zeitpunkt gegebenen Sachlage nicht der Fall. Die Erklärung vom 30.9.1994 im Antrag auf Erteilung der Betriebserlaubnis, dass außer den vorgelegten Verträgen keine anderen Verträge bestünden, die mit der Einrichtung oder dem Betrieb der Apotheke im Zusammenhang stünden, ist strafrechtlich nicht bewehrt. Die vor Übergabe der Betriebserlaubnis am 26.10.1994 abgegebene eidesstattliche Versicherung, u.a. keine Vereinbarung getroffen zu haben, die gegen § 8 Abs. 2 ApoG verstößt, entfaltet möglicherweise schon deshalb keine Rechtswirksamkeit, weil es § 8 Abs. 2 ApoG nicht gibt. Der für die Versicherung an Eides Statt verwendete Vordruck stammt vom Regierungspräsidium Chemnitz, das sich deshalb diesen Fehler zurechnen lassen müsste. Jedenfalls betrifft auch der mit der eidesstattlichen Versicherung wohl gemeinte § 8 Satz 2 ApoG nicht die Vorlage des Kaufvertrages. Denn aus dem bis dahin nur vorliegenden Kaufvertrag über die Einrichtung ergibt sich nichts dafür, dass von vornherein gegen § 7 Satz 1 ApoG - Verpflichtung zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung - verstoßen werden sollte.

Die weitere Erklärung in der Versicherung an Eides Statt, dass er den Kauf- oder Pachtvertrag über die Apotheke sowie auf Verlangen der zuständigen Behörde auch andere Verträge, die mit der Einrichtung und den Betrieb der Apotheke im Zusammenhang stehen, vorlegen werde, ist für die Bewertung der Zuverlässigkeit des Klägers ohne Belang. Einen Kaufvertrag über die Apotheke gibt es nicht. Die weitergehende eidesstattliche Versicherung, auf Verlangen der zuständigen Behörde auch andere einschlägige Verträge vorzulegen, findet zwar ihre Rechtsgrundlage in § 2 Abs. 1 Ziff. 5 ApoG. Zum Zeitpunkt der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung am 26.10.1994 ist aber ein Verstoß hiergegen nicht ersichtlich. Dabei steht die grundsätzliche Gültigkeit der nach dem Apothekengesetz geforderten eidesstattlichen Versicherung nicht in Zweifel (vgl. BGH, Urt. v. 25.4.2002, STR 152/01). Zum einen wurde in dem maßgeblichen Zeitpunkt der Abgabe nach Aktenlage - und anderes ist auch nicht aus dem sonstigen Vortrag ersichtlich - ausdrücklich durch das

Regierungspräsidium Chemnitz die Vorlage anderer einschlägiger Verträge nicht verlangt. Zum anderen ist das gegen den Kläger eingeleitete Strafverfahren, das neben einer etwaigen Beihilfe zum unerlaubten Apothekenbetrieb auch den Vorwurf einer falschen Versicherung an Eides Statt beinhaltet, mit Beschluss des Amtsgerichts Minden vom 30.8.2000 gegen eine Geldbuße von 3.000,00 DM eingestellt worden. Eine strafrechtliche Verfehlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Ziff. 4 ApoG, die den Kläger für die Leitung einer Apotheke ungeeignet erscheinen lässt, ist aber schon deshalb nicht gegeben, weil es wegen des parallelen Tatbestandsmerkmals der schweren sittlichen Verfehlung und wegen der Verknüpfung mit der Folge, für die Leitung einer Apotheke ungeeignet zu erscheinen, jedenfalls eines schwerwiegenderen strafrechtlichen Verstoßes bedürfte. Auch eine gröbliche oder beharrliche Zuwiderhandlung gegen dieses Gesetz, die Pflicht zur Abgabe einer - fehlerfreien - eidesstattlichen Versicherung nach § 2 Abs. 1 Ziff. 5 ApoG, besteht damit nicht.

c) Da zum maßgeblichen Zeitpunkt der Erteilung der Betriebserlaubnis die Unzuverlässigkeit des Klägers nicht nachgewiesen ist, könnte allenfalls durch spätere Vorgänge auf eine schon vorher bestehende Unzuverlässigkeit geschlossen werden. Sowohl der Rücknahmebescheid vom 6.5.1996 als auch der Widerspruchsbescheid vom 21.11.1996 stellen zum Nachweis einer behaupteten Unzuverlässigkeit im Wesentlichen auf spätere Vorgänge, vor allem auf die Gesamtvertragskonstellation aus Haupt-, Untermiet- und Leasingvertrag ab. Ein Nachweis, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Betriebserteilung seine Zuverlässigkeit ausschließende Willensentscheidungen oder Planungen getroffen hätte, ist jedoch nicht ersichtlich.

2. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts Chemnitz fanden die angefochtenen Bescheide ihre Grundlage auch nicht in § 4 Abs. 2 Satz 1 ApoG. Danach ist die Erlaubnis zu widerrufen, wenn nachträglich eine der Voraussetzungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 6 oder 7 ApoG weggefallen ist.

a) Zu Recht wurde durch das Verwaltungsgericht die auf § 4 Abs. 1 ApoG gestützte Rücknahme der Erlaubnis in einen Widerruf der Erlaubnis nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ApoG umgedeutet. Hierzu wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen. Die auf § 1 SächsVwVfG i.V.m. § 47 Abs. 1 VwVfG beruhende Umdeutung konnte auch durch das Verwaltungsgericht erfolgen.

b) Ein Widerruf der Erlaubnis nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ApoG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 4 1. Alt. ApoG ist nicht möglich. Tatsachen, welche die Unzuverlässigkeit des Klägers in Bezug auf das Betreiben einer Apotheke dartun, insbesondere wenn strafrechtliche oder schwere sittliche Verfehlungen vorliegen, sind nicht nachgewiesen. Hierzu wird auf die vorherigen Ausführungen zu II) 1 b) verwiesen. Auch soweit das gegen den Kläger eingeleitete Strafverfahren eine etwaige Beihilfe zum unerlaubten Apothekenbetrieb umfasste, wurde es mit Beschluss des Amtsgerichts Minden vom 30.8.2000 gegen eine Geldbuße von 3.000,00 DM eingestellt. Es fehlt jedenfalls an einer im Rahmen von § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG beachtlichen strafrechtlichen Verfehlung von schwerwiegendem Gewicht.

c) Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts besaß der Kläger im Zeitpunkt des Entzugs der Betriebserlaubnis die erforderliche Zuverlässigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. ApoG, da ihm eine gröblich oder beharrliche Zuwiderhandlung gegen dieses Gesetz nicht nachgewiesen ist.

aa) Die Beurteilung des Verhaltens des Klägers als mögliche gröbliche oder beharrliche Zuwiderhandlung gegen das Apothekengesetz kann dabei nicht mit Blick auf das Handeln des Herrn S. vorgenommen werden. Nach den Feststellungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 24.4.2002 - 4 STR 152/01 - entwickelte Herr S. eine Geschäftsidee, die es ihm ermöglichte, zum einen die Standorte für eine spätere legale Apothekenkette zu sichern und zum anderen bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er die Kette offiziell würde errichten können, bereits Gewinne aus diesen Apothekenstandorten zu ziehen. Hierzu bediente er sich eines Geflechts von wirtschaftlichen Vereinbarungen, die er teils selbst, teils über zwei von ihm beherrschte Gesellschaften mit von ihm ausgewählten Apothekern schloss. Diese Vertragspartner zogen aus unterschiedlichen Gründen eine finanzielle Absicherung, die S. ihnen bot, dem mit der Neueröffnung einer Apotheke in voller wirtschaftlicher Unabhängigkeit verbundenen Risiko vor. Kernstück dieser Vereinbarungen waren den vor Ort tätigen Apothekern zugesagte Einkünfte, die sich am erwarteten Umsatz der Apotheke und an dem Einkommen eines angestellten Apothekers in vergleichbarer Position orientierten. Der den Apothekern zustehende Entnahmeanspruch richtete sich nach dem für das jeweilige Geschäftsjahr in Aussicht genommenen Garantieeinkünften zuzüglich einer Provision vom Umsatz, sofern dieser eine bestimmte Höhe überschritt. Ein darüber hinaus erzielter Gewinn wurde durch Mieterhöhungen sowie dadurch abgeschöpft, dass Zahlungen für die Überlassung von EDV-Software, die Durchführung von Schulungs- und Trainingsmaßnahmen oder für Marketing und

Beratung geleistet wurden. Für den Fall, dass der Umsatz nicht ausreichte, um die Garantieeinkünfte zu erwirtschaften, stellte S. in Aussicht, finanzielle Einbußen der jeweiligen Apotheke notfalls durch Mietsenkungen oder Forderungsstundungen abzumildern. Sämtliche vertraulich getroffene Absprachen, insbesondere die Vereinbarungen über die Begrenzung des Entnahmeanspruchs und die Abschöpfung der Mehrerträge, wurden den Genehmigungsbehörden verschwiegen. Eingriffe in das Kerngeschäft des jeweiligen Apothekers, insbesondere in Auswahl, Beschaffung und Verkauf der Arzneimittel, nahm S. nicht vor. Ebenso wenig ist festgestellt, dass er Weisungen in Bezug auf das von Apothekern angestellte Apothekenpersonal erteilt hätte.

Der Bundesgerichtshof geht weiter davon aus, dass ein Strohmannverhältnis nicht gegeben sei. Dieses könne nur dann angenommen werden, wenn dem Erlaubnisinhaber aufgrund der getroffenen, nach § 8 Satz 2 ApoG unzulässigen Vereinbarungen kein oder jedenfalls kein nennenswerter autonom bestimmter Handlungsspielraum in dem Apothekenbetrieb verbleibe. Dies treffe nicht zu, weil unbeschadet der massiven wirtschaftlichen Einflussnahme alle Apotheker, die eine der Apotheken geführt hätten, in wesentlichen Teilbereichen, insbesondere im pharmazeutischen Bereich, eigenbestimmt handeln konnten. Keiner der Erlaubnisinhaber habe die Apotheke ohne jedes eigene unternehmerische Risiko und lediglich für den Angeklagten S. geleitet. Die Erlaubnisinhaber betrieben diese vielmehr in eigenem Namen und hafteten deshalb persönlich für die Erfüllung der von ihnen eingegangenen Verbindlichkeiten, und zwar auch nach Aufgabe des Apothekenbetriebs. Einen Anspruch auf Ausgleich etwaiger zu diesem Zeitpunkt verbliebener Verluste hatten sie nicht. Unbeschadet der vereinbarten Gewinnabschöpfung hatten sie deshalb und wegen ihrer prozentualen Beteiligung am erzielten Mehrumsatz auch ein eigenes unternehmerisches Risiko. Das unternehmerische Risiko des Herrn S. bzw. der von ihm geführten Firmen etwa bei unzutreffender Einschätzung des Standorts der langfristig angemieteten Räume, finanzielle Verluste zu erleiden, trete demgegenüber zurück. Ein Herr S. vergleichbares Unternehmerrisiko treffe auch eine die Einrichtung von Apotheken voll finanzierende Bank. Den Apothekern blieben trotz ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit von dem Angeklagten beträchtliche Möglichkeiten zu eigener unternehmerischer Tätigkeit. Insbesondere war der Entscheidungsspielraum beim Ein- und Verkauf des Apothekensortiments sowie bei Personalentscheidungen weder rechtlich noch faktisch eingeschränkt. Damit behielten sie ihre fachliche, pharmazeutische Unabhängigkeit und konnten in dem für die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung (§ 1 Abs. 1 ApoG) entscheiden-

den Bereich des Arzneimittelverkaufs die Apotheke persönlich und in eigener Verantwortung leiten.

bb) Ein Zuwiderhandeln gegen § 7 Satz 1 ApoG ist nicht nachgewiesen. Nach § 7 Satz 1 ApoG verpflichtet die Erlaubnis zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung. Da die persönliche Leitung in eigener Verantwortung zu erfolgen hat, bedarf es der eigenen Verantwortlichkeit. Abhängigkeiten gegenüber Dritten beeinträchtigen sowohl die Möglichkeit der persönlichen Leitung der Apotheke als auch deren persönlichen Leitung in eigener Verantwortung.

Dass die nach § 7 Satz 1 ApoG bestehende Verpflichtung zur persönlichen Leitung in eigener Verantwortung zunächst in pharmazeutischen Fragen die Eigenverantwortlichkeit gebietet, ergibt sich ohne weiteres aus dem Schutzzweck des Apothekengesetzes gegenüber den Rechtsgütern Leben und Gesundheit. Dieses öffentliche Interesse an der Erhaltung der Volksgesundheit muss sachgerecht wahrgenommen werden (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 24.9.1993, GewArch 1994, 74). Sinn von § 7 Satz 1 ApoG ist es jedoch auch, eine Aufspaltung der Verantwortung des Apothekers in eine gesundheitsrechtliche und eine wirtschaftliche Leitung der Apotheke zu verhindern (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 7.4.1995, NJW 1996, 2443). Eigenverantwortlichkeit setzt deshalb zusätzlich voraus, dass der hierzu nach § 7 Satz 1 ApoG Verpflichtete für die Apotheke das rechtliche und wirtschaftliche Risiko trägt (vgl. Hoffmann, Gesetz über das Apothekenwesen, Kommentar, RdNr. 1 zu § 7). Der nach § 1 Abs. 2 ApoG erlaubnispflichtige selbstständige Betreiber der Apotheke ist regelmäßig derjenige, der sie im eigenen Namen führt, so dass er nach Außen das rechtliche und wirtschaftliche Risiko aus den für die Apotheke abgeschlossenen Rechtsgeschäften trägt (vgl. BGH, Urt. v. 28.4.2002, 4 STR 152/01). Die erteilte Erlaubnis verpflichtet somit auch zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener wirtschaftlicher Verantwortung. Dass zur Eigenverantwortlichkeit gerade diese in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gehört, ergibt sich auch aus der nunmehrigen Fassung des § 8 Satz 2 ApoG, wonach Beteiligungen an einer Apotheke in Form einer Stillen Gesellschaft und Vereinbarungen, bei denen die Vergütung für dem Erlaubnisinhaber gewährte Darlehen oder sonst überlassene Vermögenswerte am Umsatz oder am Gewinn der Apotheke ausgerichtet ist, insbesondere auch am Umsatz oder Gewinn ausgerichtete Mietverträge, unzulässig sind. Soweit zwischenzeitlich nach § 1 Abs. 2 ApoG der Betrieb von einer Apotheke und bis zu drei

Filialapotheken möglich ist, besteht ebenfalls eine Regelung mit klarer Eigenverantwortung für den jeweiligen Betreiber.

An der Eigenverantwortlichkeit des Klägers in pharmazeutischen Fragen bestehen keine Zweifel. Aber auch die vertraglichen Bindungen, die der Kläger eingegangen ist, überschreiten nicht die Grenze zwischen eigenverantwortlicher persönlicher Leitung und nicht mehr gesetzmäßiger Abhängigkeit. Weder die den dem Betrieb der Apotheke zugrunde liegenden einzelnen Vereinbarungen noch deren Zusammenschau samt der Eingliederung der Apotheke in das sogenannte V. -Konzept lassen den Nachweis zu, dass durch eine Einschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit eine eigenverantwortliche Leitung der Apotheke durch den Kläger ausgeschlossen war.

cc) Der Kläger leitete persönlich die Apotheke. Eingriffe in das Kerngeschäft der Apotheke sind nicht gegeben. Der Kläger verstieß auch nicht gegen seine Pflicht zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener wirtschaftlicher Verantwortung. Er führte die Apotheke im eigenen Namen und trug nach außen das rechtliche und wirtschaftliche Risiko aus den für die Apotheke abgeschlossenen Rechtsgeschäften. Dies ergibt sich schon handgreiflich aus der wirtschaftlichen Folge für den Kläger nach Schließung der Apotheke. Wie er in der Berufungsverhandlung ausgeführt hat, ist er titulierten Forderungen in Höhe von etwa 70.000,00 bis 80.000,00 € und darüber hinaus weiteren Ansprüchen in Höhe von etwa 300.000,00 € ausgesetzt. Aber auch aus dem Zusammenspiel der verschiedenen Verträge, die der Kläger abgeschlossen hatte, den Verabredungen und aus dem Verfahrensablauf ergibt sich kein Nachweis dafür, dass der Kläger die Apotheke nicht eigenverantwortlich führen konnte. Dabei ist, wie schon ausgeführt, der von dem Apotheker S. geplante Zweck, die Standorte für eine spätere legale Apothekenkette zu sichern und bis zu diesem Zeitpunkt sich bereits Gewinne zu verschaffen, zu unterscheiden von der wirtschaftlichen Bedeutung der vom Kläger eingegangenen Verpflichtungen.

Der dem Kläger seitens des Apothekers S. zugebilligte Garantiegewinn schließt eine eigenverantwortliche Leitung der Apotheke durch den Kläger nicht aus. In Übereinstimmung mit den angefochtenen Bescheiden und den Feststellungen im Urteil des Verwaltungsgerichts kann davon ausgegangen werden, dass dem Kläger ein Garantiegewinn zugesagt worden ist. Dieser sollte sich für das Jahr 1994 auf 10.000,00 DM und für das Jahr 1995 ursprünglich auf 90.000,00 DM belaufen. Wegen Zurückbleibens der Umsatzerwartung sei dieser Garantiege-

winn auf 72.000,00 DM reduziert worden. Begründet wurde diese Reduzierung auch mit der geringeren Arbeitszeit des Klägers aufgrund der parallel verlaufenden Promotionsarbeit. Ausgegangen worden sei von einem Umsatz von 2,1 Mill. DM. Bei überplanmäßigem Umsatz sollte die Garantiegewinn-Summe neu verhandelt werden.

Diese Feststellungen ergeben sich ohne weiteres aus den bei den Steuerberatern V. und Partner sichergestellten Unterlagen. Der Kläger hat bei der Beschuldigtenvernehmung am 22.5.1997 vor der Staatsanwaltschaft Bielefeld erklärt, dass ihm diese Aufzeichnungen aus der Ermittlungsakte bekannt seien. Er hat auch auf ein einschlägiges Treffen mit Herrn S. und Herrn V. im Mai oder Juni 1995 hingewiesen. Dabei sei der Jahresabschluss 1994 und die wirtschaftliche Entwicklung für das Jahr 1995 besprochen worden. Ob bei dieser Gelegenheit diese Werte notiert worden seien, könne er nicht sagen. Mit ihm seien solche Gehaltsvereinbarungen jedenfalls nicht getroffen worden. Es sei auch zur Sprache gekommen, dass er neben der Apothekenleitung noch mit der Promotion beschäftigt sei. Herr S. sei bereit gewesen, Privatentnahmen seinerseits in einer bestimmten Höhe zu tolerieren. Von Anfang an sei nicht über eine bestimmte Höhe gesprochen worden. Erst bei der Besprechung über das Ergebnis 1994 und die weiteren Aussichten für 1995 habe man sich auf diesen Modus geeinigt. Es sei von der Möglichkeit der Mietstundung gesprochen worden, um ein Mindesteinkommen sicherzustellen. Von einem Herrn P. habe er erfahren, dass bei diesem ein Mindesteinkommen von 90.000,00 DM angesetzt worden sei. Angesprochen auf einen Bezug eines Mindesteinkommens auf eine bestimmte Umsatzgröße erklärte der Kläger, dass ihm die Zahl von 8 % ebenfalls von dem Herrn P. genannt worden sei. Nachdem im Frühjahr 1995 sich herausgestellt hätte, dass die Apotheke nicht planentsprechend anlaufe, sei es zu dem erwähnten Gespräch beim Steuerberater gekommen, über welche sich dessen Notiz vom 17.6.1995 verhalte. Bei dieser Gelegenheit habe er erstmals erfahren, dass das Garantieeinkommen von 90.000,00 DM bis zu einer Umsatzhöhe von 2,1 Mill. DM gelten sollte, erst ab 2,2 Mill. DM eine 8 %ige Steigerung vorgesehen gewesen sei. Wegen des durch die Vorbereitung zur Promotion bedingten Mehraufwandes des übrigen Personals habe man sich auf eine Reduzierung auf 72.000,00 DM geeignet.

In Übereinstimmung mit dem Verwaltungsgericht ist damit schon nach der eigenen Einlassung des Klägers von der Vereinbarung eines Garantiegewinns auszugehen. Soweit der Kläger im weiteren Verfahren von dieser Aussage vor der Staatsanwaltschaft abrückte und die

Existenz einer Vereinbarung über einen Garantiegewinn bestreitet, hat dies das Verwaltungsgericht zu Recht als bloße Schutzbehauptung angesehen.

Trotz Zusage eines Garantiegewinns war die persönliche Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung jedoch nicht ausgeschlossen. Das Fehlen der notwendigen Eigenverantwortlichkeit ist dem Kläger nicht nachzuweisen. Mit dem Garantiegewinn war der Lebensunterhalt des Klägers in einem bestimmten Umfang gesichert. Dadurch wurde ihm jedoch nicht das rechtliche und wirtschaftliche Risiko aus den für die Apotheke abgeschlossenen Rechtsgeschäften abgenommen. Hätten die Umsätze der Apotheke eine Privatentnahme nicht gerechtfertigt, wäre allein der Umfang der übernommenen Verpflichtungen zu Lasten des Klägers gestiegen, die gesamte wirtschaftliche Belastung hätte sich für ihn erhöht. Soweit die Umsätze der Apotheke eine höhere Entnahme gerechtfertigt hätten, ihm dies wegen des Garantiegewinns als Höchstentnahme nicht möglich gewesen wäre, hätte dies einen Abbau der sich aus den Vereinbarungen ergebenden Verpflichtungen bedeutet. Ein wirtschaftlicher Vorteil wäre also für ihn entstanden. Auch wenn, wie vom Bundesgerichtshof ausgeführt, über die verschiedenen Vereinbarungen samt der in Aussicht genommenen Garantieeinkünfte es Herrn S. ermöglichte, von Anbeginn Gewinn aus der Apotheke zu ziehen, verblieb das wirtschaftliche Gesamtrisiko beim Kläger. Im Übrigen wäre auch bei einer Vollfinanzierung des Aufbaus der Apotheke durch eine Bank eine Verabredung über die grundsätzliche Möglichkeit einer Privatentnahme samt deren Höhe ohne weiteres ebenso in Betracht gekommen. Denn auch eine voll finanzierende Bank hat ein hohes Interesse, dass zum einen nicht durch übergroße Privatentnahmen der Verschuldungsumfang des Darlehnsnehmer sich noch erhöht, dass zum anderen aber auch der Aufbau des jeweiligen Betriebs und damit das entsprechende Darlehen ohne ausreichende Lebensgrundlage für den Darlehnsnehmer nicht zu Schaden kommen könnten.

In gleicher Weise spricht auch die zwischen dem Kläger und Herrn S. getroffene Stundungsvereinbarung hinsichtlich der aus den mit den Firmen M. und D. geschlossenen Verträgen aufgelaufenen Verbindlichkeiten nicht dafür, dem Kläger fehle die zur persönlichen Leitung der Apotheke erforderliche Eigenverantwortlichkeit. Wie bei einer Stundungsvereinbarung gegenüber einer voll finanzierenden Bank erhöht sich zwar der Umfang der Verbindlichkeiten, gleichzeitig gibt es dem Begünstigten die Möglichkeit, gegebenenfalls auftretende Schwierigkeiten in der Aufbauphase zu überwinden. Jedenfalls verblieb auch unter diesem Gesichtspunkt beim Kläger die notwendige wirtschaftliche

Verantwortlichkeit. Auch die Einbindung der vom Kläger geführten Apotheke in das sogenannte V. -Konzept gibt keinen Nachweis für eine fehlende wirtschaftliche Eigenverantwortlichkeit des Klägers. Aus der Sicht des Herrn S. konnte zwar mit diesem Konzept einer zukünftigen einheitlichen Apothekenkette der Weg bereitet werden, eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Klägers ist daraus jedoch nicht nachweisbar. Mögliche interne Rabattvereinbarungen zwischen den Lieferanten der Apotheke und Herrn S. vermochten diesem mittelbar Gewinne aus dem Apothekenbetrieb verschaffen. Dies hat jedoch keinen Bezug zu der eigenverantwortlichen Leitung der Apotheke durch den Kläger. Durch einheitliche Marketingmaßnahmen in Führung und Erscheinungsbild der Apotheke kam es auch nicht zu einem die Eigenverantwortlichkeit ausschließenden Franchise-System. Schon wegen der Notwendigkeit, entsprechende günstige Lieferkonditionen zu erreichen, ist der konzentrierte Warenbezug von wenigen Hauptlieferanten sinnvoll und wirtschaftlich. Einheitliches Marketing und damit entsprechende Beratung und Schulung samt Überprüfung schließen per se ein eigenverantwortliches Wirtschaften nicht aus.

Auch aus den ansonsten vom Kläger geschlossenen Verträgen in Bezug auf die Apotheke kann nicht auf eine mangelnde Eigenverantwortung des Klägers für die von ihm geleitete Apotheke geschlossen werden. Zwar sind die Verträge jeweils rechtlich und wirtschaftlich meist zum Vorteil der Vertragspartner ausgerichtet, nehmen dem Kläger jedoch nicht die Möglichkeit, die Apotheke eigenverantwortlich zu leiten. Sie lassen vor allem das rechtliche und wirtschaftliche Risiko beim Kläger. Daran ändert auch nichts eine Bewertung der verschiedenen Verträge in ihrer Gesamtkonstellation. Das Ineinandergreifen der Verträge ist Teil der von Herrn S. verfolgten Strategie, nimmt aber dem Kläger nicht die notwendige wirtschaftliche Eigenverantwortlichkeit.

Das Auseinanderklaffen der Laufzeiten zwischen dem Hauptmietvertrag und dem mit dem Kläger geschlossenen Untermietvertrag sowie dem Mietzins im Hauptmietvertrag mit diesem im Untermietvertrag spricht allein für eine ungünstige Vertragsgestaltung zu Lasten des Klägers.

Auch nach Ansicht des Senats gehen zwar die Verträge über die Apothekeneinrichtung unverhältnismäßig zu Lasten des Klägers, der Verlust der wirtschaftlichen Eigenverantwortlichkeit kann aber auch daraus nicht nachgewiesen werden. Der zunächst geschlossene Kaufvertrag mit der D. über die Apothekeneinrichtung zum Kaufpreis von 428.000,00 DM

zuzüglich Mehrwertsteuer ist unter dem Gesichtspunkt des § 7 Satz 1 ApoG wert-neutral. Der den Kaufvertrag ersetzende Leasingvertrag veränderte die wirtschaftliche Situation erheblich. Nunmehr wurde von Anschaffungskosten in Höhe von 350.000,00 DM ausgegangen, die Laufzeit betrug 60 Monate. Auf 8.452,50 DM zuzüglich Versicherungsleistung und Mehrwertsteuer belief sich die monatliche Leasingrate. Nach Ablauf der Leasingzeit bestand eine Rückgabepflicht des Leasingobjekts. Wegen der Differenz zu dem ursprünglichen Kaufpreis von 428.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer und der dem Leasingvertrag zugrunde liegenden Anschaffungskosten in Höhe von 350.000,00 DM gab es gegenüber dem Kläger von der D. eine eigenständige Rechnung über 78.000,00 DM plus Mehrwertsteuer. Außerdem wurde schon am 20.4.1995 - der frühere Kaufvertrag datierte vom 13.9.1994 - von der Leasingfirma S. der Firma D. „hiermit schon heute die in unserem Eigentum stehende Apothekeneinrichtung (V. -Apotheke . F.)“ zum Kauf per 2.1.2000 angeboten. Der Kaufpreis sollte einschließlich Mehrwertsteuer 8.050,00 DM betragen. Dieses Kaufangebot sei unter der Voraussetzung gültig, dass der Leasingnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Leasingvertrag über die Laufzeit vollständig erfüllt habe, S. noch Eigentümer des Objekts sei und der Leasingnehmer von seinem Mietverlängerungsrecht keinen Gebrauch mache.

Der Kläger hätte nach Ablauf der Leasingzeit die Apothekeneinrichtung als Leasingobjekt zurückgeben müssen. Die Firma D. hätte damit die Apothekeneinrichtung erhalten. Der vom Kläger - wie auch in der Berufungsverhandlung bestätigt - bezahlte Betrag von 78.000,00 DM plus Mehrwertsteuer wäre offensichtlich verloren gewesen. Nach Ablauf der Leasingzeit hätte der Kläger für die Apothekeneinrichtung nunmehr einen Gesamtbetrag von 507.150,00 DM aufgewendet, ohne dass ihm die nach fünf Jahren noch weiterhin nutzbare Apothekeneinrichtung zugefallen wäre. Er bringt zwar zu Recht dagegen vor, dass über den Leasingvertrag zum einen die Anschaffung betriebsnotwendiger Wirtschaftsgüter ohne Einsatz von Eigenkapital ermöglicht wird und zum anderen der Leasingnehmer die damit einhergehenden Aufwendung steuerlich in voller Höhe als Betriebsausgaben absetzen kann, während er bei einem Kauf nur die Anschaffungskosten über regelmäßig wesentlich längere Zeiträume linear abschreiben kann. Dies schließt nach Ansicht des Senats nicht aus, dass diese Konstruktion auch der Gewinnabschöpfung zu Gunsten von Herrn S. diene. Jedenfalls hätte es bei dem Kläger, worauf das Verwaltungsgericht zu Recht hinweist, einen erheblichen wirtschaftlichen und finanziellen Druck bedeutet, da er sich wegen der Ankaufvereinbarung

von der D. die weitere Überlassung der Einrichtung hätte verschaffen oder aber eine neue Einrichtung besorgen müssen.

Trotz dieser nicht unerheblichen wirtschaftlichen Belastung verblieb es bei der rechtlichen und wirtschaftlichen Eigenverantwortlichkeit des Klägers. Er haftet allein. Mangels Sittenwidrigkeit des Leasingvertrags wurde diese Haftung dem Kläger auch nicht abgenommen.

In gleicher Weise sind der Leasingvertrag zwischen der G. -Leasing GmbH und dem Kläger über einen Personalcomputer nebst Peripherie, der zwischen dem Kläger und der D. abgeschlossene Softwarenutzungsvertrag und der Wartungsvertrag mit der Firma A. zu bewerten. Zwar beschreibt das Verwaltungsgericht zu Recht die für den Kläger ungünstigen Vertragssituationen samt der Möglichkeit einer Gewinnabschöpfung. Diese Betrachtung beschränkt sich aber auf das Vorgehen von Herrn S. . Der Nachweis, dass damit gleichzeitig der Kläger seine wirtschaftliche Verantwortlichkeit verloren hat, wird demgegenüber nicht erbracht.

dd) In dem Verhalten des Klägers in der Schließungsphase der Apotheke kann ebenfalls kein gröbliches und beharrliches Zuwiderhandeln des Klägers gegen apothekenrechtliche Vorschriften gesehen werden.

Mit Beschluss vom 7.10.1996 hatte das Sächsische Obergerverwaltungsgericht (Az: 2 S 379/96) unter Aufhebung des vorangegangenen Beschlusses des Verwaltungsgerichts Chemnitz den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Rücknahmebescheid abgelehnt. Dieser Beschluss ging laut Eingangsstempel bei den damaligen prozessbevollmächtigten Rechtsanwälten am 17.10.1996 ein. Daraufhin hatte der Kläger den Apothekenbetrieb sofort einzustellen. Die Apotheke wurde erst im Wege der Ersatzvornahme am 26.11.1996 geschlossen. Obwohl während der dazwischen liegenden Zeitspanne ein ungenehmigter Betrieb vorlag, ist kein gröbliches und beharrliches Zuwiderhandeln feststellbar. Der Kläger versuchte vielmehr, seine Existenz zu retten. Einen schlechthin beharrlichen Gesetzesverstoß bedeutet dies aber nicht.

Mit Eingang des Beschlusses des Obergerverwaltungsgerichts am 17.10.1996 hatten die damaligen Prozessbevollmächtigten beim Verwaltungsgericht Chemnitz am gleichen Tag um einstweiligen Rechtsschutz in der Zwangsvollstreckung gebeten. Dazu verwiesen sie auf eine für

den Kläger unzumutbare Härte, wenn er die Apotheke nicht ordnungsgemäß abwickeln könne. Es diene nicht der Volksgesundheit, wenn die Apotheke sofort geschlossen werde. Außerdem sei die Möglichkeit einer Nachfolgesuche ausgeschlossen. In der Eingangsverfügung des Verwaltungsgerichts wurde das Regierungspräsidium Chemnitz um Mitteilung gebeten, ob die Einräumung einer Abwicklungsfrist in Betracht komme. Nachdem das Regierungspräsidium Chemnitz schon mit Schriftsatz vom 21.10.1996 darauf hingewiesen hatte, dass ein Vollstreckungsschutz nicht in Frage käme, lehnte das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 29.10.1996 den Antrag ab. Vorher hatte der damalige Klägerbevollmächtigte noch mit Schriftsatz vom 28.10.1996 u.a. mitgeteilt, dass der Kläger unmittelbar Kontakt mit der Landesapothekerkammer mit dem Ziel aufgenommen habe, dass diese ein Gespräch mit dem Regierungspräsidium über die weitere Verfahrensweise vermitteln. Eine endgültige Rückäußerung von Seiten der Apothekerkammer sei zunächst auch nicht angekündigt worden. Schließlich suchte der Kläger in einem weiteren Verfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO beim Verwaltungsgericht Chemnitz (Az: 4 K 2117/96) um vorläufigen Rechtsschutz nach. Auch wenn diese Verfahren an der Verpflichtung zur Schließung der Apotheke nichts änderten und dies dem Kläger durch zwei Zwangsgeldfestsetzungen vor Augen geführt wurde, ist das Offenhalten der Apotheke in der Zeit zwischen Zustellung der OVG-Entscheidung und Zwangsschließung als letzter Versuch der Existenzrettung zu bewerten. Das Offenhalten der Apotheke erscheint nicht als Ausdruck einer rechtsfeindlichen Haltung. Dabei kann im Übrigen nicht außer Betracht bleiben, dass ein ähnlich striktes Vorgehen gegenüber anderen Betreibern von Apotheken, die in gleich zu bewertenden Vertragsverhältnissen zu Herrn S. und dessen Firmen standen, nicht praktiziert wurde.

ee) Ein Widerruf der Erlaubnis nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ApoG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. und § 8 Satz 1 und 2 ApoG ist ebenfalls nicht möglich. Es fehlt an einer gröblichen oder beharrlichen Zuwiderhandlung gegen § 8 Satz 1 ApoG. Der Kläger betrieb, wie schon ausgeführt, seine Apotheke nach außen im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko. Damit bestand eine Einzelapotheke und nicht eine Gemeinschaftsapotheke i.S.d. § 8 Satz 1 ApoG. Ein möglicher Verstoß gegen § 8 Satz 2 ApoG, wovon auch der Bundesgerichtshof bei den gegebenen Vertragskonstruktionen ausgeht (Urt. v. 25.4.2002 - 4 STR 152/01), kann jedoch nicht zum Widerruf nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ApoG führen. Denn bezüglich eines Verstoßes gegen § 8 Satz 2 ApoG besteht die spezielle Widerrufsvorschrift nach § 4 Abs. 2 Satz 2 ApoG. Diese Widerrufsmöglichkeit ist jedoch als Ermessensentscheidung ausgebildet und kann damit nicht der gebundenen Entscheidung nach Satz 1 unterworfen werden.

Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob eine nach § 8 Satz 2 ApoG verbotene Beteiligung in der Form einer Stillen Gesellschaft vorlag, die als Innengesellschaft einen Sonderfall der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bildet (so BGH aaO).

III. Der Berufung war somit mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO stattzugeben. Die Revision ist nicht zuzulassen, da keiner der Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Sächsischen Obergericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht einzureichen.

In der Begründung der Beschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte, soweit er einen Antrag stellt, durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst, Gebietskörperschaften auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt der zuständigen Aufsichtsbehörde oder des jeweiligen kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie als Mitglied zugehören, vertreten lassen.

gez.:
Reich

Munzinger

Pastor

Beschluss

Der Streitwert wird unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Chemnitz für die Verfahren in beiden Instanzen jeweils auf 50.000,00 € festgesetzt.

Gründe

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 13 Abs. 1 Satz 1, 25 Abs. 2 Satz 2 GKG a.F..

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 25 Abs. 3 Satz 2 GKG).

gez.:
Reich

Munzinger

Pastor